

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

DEPARTAMENTO DE DIREITO

**A FRAGMENTAÇÃO DA EX-IUGOSLÁVIA E O SURGIMENTO DE ESTADOS
NO DIREITO INTERNACIONAL:**

Kosovo e o seu reconhecimento pela comunidade internacional

Gustavo Carnesella

Acadêmico

Prof. Dr. Arno Dal Ri Júnior

Orientador

FLORIANÓPOLIS – SC

2015

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

DEPARTAMENTO DE DIREITO

**A FRAGMENTAÇÃO DA EX-IUGOSLÁVIA E O SURGIMENTO DE ESTADOS
NO DIREITO INTERNACIONAL:**

Kosovo e o seu reconhecimento pela comunidade internacional

Monografia submetida à Universidade Federal de Santa Catarina para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Arno Dal Ri Júnior, Ph.D.

FLORIANÓPOLIS – SC

2015

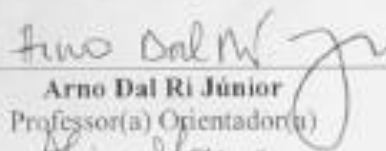


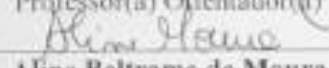
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO


TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**A fragmentação da ex-Iugoslávia e o surgimento de Estados no Direito Internacional: Kosovo e o seu reconhecimento pela comunidade internacional**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Gustavo Carnesella**, defendido em **06/07/2015** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 6 de Julho de 2015


Arno Dal Ri Júnior
Professor(a) Orientador(a)


Aline Beltrame de Moura
Membro de Banca


Arthur Rodrigues Dalmarco
Membro de Banca



TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): **Gustavo Carnesella**

RG:

CPF:

Matrícula: **10202661**

Título do TCC: **A fragmentação da ex-Iugoslávia e o surgimento de Estados no Direito Internacional: Kosovo e o seu reconhecimento pela comunidade internacional**

Orientador(a): **Arno Dal Ri Júnior**

Eu, **Gustavo Carnesella**, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 6 de Julho de 2015



Gustavo Carnesella

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, Sara e Roberto, motivo pelo qual estou onde estou e pelo qual sou quem eu sou. Amo vocês – que belo ano para se ser um Carnesella. Agradeço também ao meu irmão, Guilherme, pela amizade extremamente verdadeira, a despeito dos muitos quilômetros de distância que nos separam desde 2005, entre idas e vindas de um ou de outro.

Nem precisaria de motivos para agradecer à Fernanda. Somente por ser quem ela é, mas, principalmente, por me aceitar bem do jeito como eu sou, por ser, simplesmente, a *melhor* namorada que um *pior* namorado pode desejar. O que seria de mim sem ti?

Aproveito o ensejo para agradecer aos seus pais, meus sogros, Liliane e Paulo, por me acolherem verdadeiramente como um filho na família de vocês.

Agradeço aos amigos Felipe e Beto, amigos mesmo, dos raros que encontrei, pelo companheirismo e amizade irrestritos, por saber que sempre estarão lá para mim; acreditem, eu sempre estarei aqui para os senhores também.

Agradeço ao *Ius Gentium*, ou, para os íntimos, o *Grupo*. Não poderia agradecer pessoalmente a cada um que me faz dar risadas em uma tarde ociosa na Sala 313; correria o sério risco de esquecer alguém no caminho. Obrigado por serem, de fato, a *minha turma* na faculdade.

Agradeço à Mariana, colega, amiga e companheira desde 2010, a qual, espero, continue sendo minha colega, amiga e companheira por muitos anos. Se eu conseguir ensiná-la uma capital e uma bandeira nova por ano de amizade, dou-me por satisfeito.

Agradeço ao Lucas, a pessoa que provavelmente mais *cumpriu funções* na minha passagem pela faculdade. Foi conhecido, colega, *consigliere*, parceiro de viagens alternativas, coinquilino em Macerata, companheiro de Varnelli e que, hoje, tenho o prazer de chamar de amigo. Volta logo!

Ao Professor Arno Dal Ri Jr., meu orientador (desde 2012), pela sua dedicação na profissão mais nobre que há, pela paciência com meus atrasos, por me inspirar a seguir a carreira acadêmica, mas, principalmente, pelas inúmeras provocações acerca da *República*, quer dizer, do Estado de onde venho. Meus sinceros agradecimentos pela sincera amizade que tenho com o senhor.

Ao Professor Paolo Palchetti, o primeiro a me apresentar o tema, ainda em 2013, sobre o qual esta monografia discorre. Agradeço-lhe também pela hospitalidade, seja em Firenze para um jantar, seja em Macerata para meses de intercâmbio. Aguardo o senhor para tomarmos mais um açaí aqui na Ilha.

Por fim, agradeço a todos (todos mesmo) os professores dos quais tive o prazer de ser aluno, desde o jardim de infância até o último dia da faculdade.



Nova disposição da Península Balcânica após a fragmentação da Iugoslávia, 1991.

“Statehood remains the golden chalice from which all wish to drink.”

Dominic McGoldrick

RESUMO

O presente trabalho busca examinar o problema do surgimento do Estado de Kosovo, o seu subsequente reconhecimento por parte da comunidade internacional e quais são as consequências desses eventos para o ordenamento jurídico das nações, em um contexto de fragmentação do Estado iugoslavo. Para tanto, procura-se analisar a controvérsia através de variadas perspectivas. Examina-se a teoria do reconhecimento de Estados, transitando ao longo de seu desenvolvimento histórico, desde o início do século XX até as teorias modernas; observa-se a prática dos Estados em relação ao ato do reconhecimento e também decisões, tanto de Cortes como de Organismos internacionais que versam sobre o tópico. Busca-se ainda explorar o comportamento da Organização das Nações Unidas, organização internacional quase universal, na promoção do princípio da autodeterminação dos povos no direito internacional: ou seja, de que forma surgiu, como foi abarcado e de que maneira as Nações Unidas mantiveram a aplicação desse princípio. Por fim, tem-se como norte a investigação do território de Kosovo, da sua história e da sua relação com os temas anteriormente abordados; ou seja, como a ONU se relacionou com Kosovo durante o período de sua administração e, por fim, de que maneira Kosovo é recepcionado pelo direito internacional como um potencial novo Estado.

Palavras chave: Surgimento de Estados, Reconhecimento de Estados, Fragmentação, Kosovo.

ABSTRACT

The present essay looks to examine the problem of the creation of the State of Kosovo, its subsequent recognition by a part of the international community and what are the consequences of these events to the law of nations, in a context of fragmentation of the Yugoslav State. Therefore, it seeks to analyze the question through varied aspects. It will examine the theory of recognition of States, travelling along its historical development, since the early 20th century until the most modern theories; it will also observe the State practice with regard to the act of recognition and likewise decisions, from Courts as well as from international organisms that deal with the subject. It will also seek to explore the conduct of the United Nations, a near-universal international organization, in promoting the principle of self-determination of peoples in international law: namely, how it begun, how it was encompassed and in which way the United Nations kept the application of this principle. Finally, it will be oriented to investigate the territory of Kosovo, its history and its relations with the topics previously tackled; that is, how the UN has engaged with Kosovo during its administration period and, at last, in which way is Kosovo accepted by international law as a potential new State.

Keywords: Creation of States, Recognition of States, Fragmentation, Kosovo.

RIASSUNTO

Questo saggio cerca di esaminare il problema della creazione dello Stato di Kosovo, il suo successivo riconoscimento da parte della comunità internazionale e quali sono le conseguenze di questi avvenimenti per la legge delle nazioni, in un contesto di frammentazione dello Stato iugoslavo. Perciò, cerca di analizzare la questione attraverso diversi aspetti. Si esaminerà la teoria del riconoscimento di Stati, viaggiando al lungo del suo sviluppo storico, dal inizio dello Secolo XX fino alle teorie più moderne; si studierà pure la pratica degli Stati con rispetto all'atto di riconoscimento e anche decisioni, tanto di Tribunali quanto di organismi internazionali che trattano della materia. Cercherà ancora di esplorare la condotta delle Nazioni Unite, un'organizzazione internazionale quasi universale, in promuovere il principio della autodeterminazione dei popoli nel diritto internazionale: ossia, com'è iniziato, in che modo è stato compreso e in che maniera le Nazioni Unite conservarono l'applicazione del suddetto principio. Alla fine, si sarà orientato ad investigare il territorio del Kosovo, la sua storia e i suoi rapporti tra gli argomenti precedentemente affrontati; cioè, come la ONU si ha coinvolto con Kosovo nella durata del suo periodo di amministrazione e, finalmente, come Kosovo è stato ricevuto dal diritto internazionale come un'eventuale nuovo Stato.

Parole Chiave: Creazione di Stati, Riconoscimento di Stati, Frammentazione, Kosovo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
1. O RECONHECIMENTO DE ESTADOS NO DIREITO INTERNACIONAL.....	16
1.1 As teorias declaratória e constitutiva do reconhecimento de Estados.....	19
<i>1.1.1 Teoria declaratória.....</i>	<i>19</i>
<i>1.1.2 Teoria constitutiva.....</i>	<i>25</i>
1.2 A prática internacional diante do reconhecimento de outras entidades territoriais..	33
<i>1.2.1 A Convenção de Montevideo sobre os Direitos e Deveres dos Estados (1933)..</i>	<i>34</i>
<i>1.2.2 A Comissão Badinter (1991-1992).....</i>	<i>39</i>
<i>1.2.3 Estados não reconhecidos pelo direito internacional.....</i>	<i>39</i>
<i>a) Manchukuo.....</i>	<i>39</i>
<i>b) Rodésia do Sul.....</i>	<i>40</i>
<i>c) República Turca do Chipre do Norte (RTCN).....</i>	<i>41</i>
1.3 A criação de um novo paradigma?.....	46
2. A ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS E SUA RELAÇÃO COM O RECONHECIMENTO DE ESTADOS.....	52
2.1 O Princípio da Autodeterminação dos Povos nos debates de instituição da ONU.....	53
<i>2.1.1 Contexto histórico: da Independência dos Estados Unidos da América e da Revolução Francesa até o início do Século XX.....</i>	<i>53</i>
<i>2.1.2 A autodeterminação de Woodrow Wilson.....</i>	<i>54</i>
<i>2.1.3 O Entre guerras e a fundação da Organização das Nações Unidas.....</i>	<i>56</i>
2.2 A práxis da ONU no período de descolonização (1947 – 1970).....	58
<i>2.2.1 Admissão de novos Estados às Nações Unidas.....</i>	<i>62</i>
2.3 A ONU e a autodeterminação dos povos pós-descolonização.....	64
<i>2.3.1 Autodeterminação interna e externa.....</i>	<i>66</i>
3. A GÊNESE DA REPÚBLICA DO KOSOVO E SUAS CONSEQUÊNCIAS PARA O DIREITO INTERNACIONAL.....	71
3.1 O contexto histórico: a fragmentação da antiga Iugoslávia.....	71
<i>3.1.1 Início do século XX até a ruptura da República Socialista Federativa da Iugoslávia.....</i>	<i>71</i>

3.1.2 Fragmentação da ex-Iugoslávia e a eclosão do conflito kosovar na Península Balcânica.....	73
3.1.3 O estabelecimento da administração do Conselho de Segurança das Nações Unidas sobre Kosovo.....	78
3.1.4 A administração da UNMIK sobre Kosovo: presença internacional no território e indefinição do seu status futuro.....	80
3.2 A Declaração de Independência de 17 de fevereiro de 2008 e a Opinião Consultiva da Corte Internacional de Justiça: nem permitido, nem proibido?.....	84
3.2.1 Contribuição da Corte Internacional de Justiça acerca das questões jurídicas sobre o surgimento de novos Estados.....	87
3.3 A reação pós-Opinião Consultiva e o reconhecimento de Kosovo pela comunidade internacional.....	93
CONCLUSÃO.....	101
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	104

INTRODUÇÃO

Por mais participativo que o Direito Internacional tenha se tornado nas últimas décadas, o sistema jurídico que rege a comunidade internacional ainda é bastante conservador em determinados aspectos. Uma das características desse sistema é a sua restrição a novos sujeitos de direitos e deveres internacionais. Ainda que vejamos atores infraestatais influenciando cada vez mais os jogos de poder, como empresas transnacionais, Organizações Não Governamentais e inclusive indivíduos demandando e sendo demandados internacionalmente, são os Estados que permanecem sendo os sujeitos de direito internacional por excelência.

Devido a essa característica da comunidade internacional, de que ela é movida pelos Estados, pelas suas vontades e livres associações, não se pode escapar do debate que tanto aflige juristas e internacionalistas em geral: afinal, o que é um Estado, e quem no direito internacional tem a faculdade de definir quem é Estado e quem não é? Para além: quais são as características fundamentais que concedem a uma entidade qualquer o *imprimatur* de Estado?

A participação na vida internacional para um ente que deseja ser um Estado se subordina, fundamentalmente, à aceitação daquela comunidade por parte das comunidades estatais preexistentes – ou seja, do reconhecimento dos Estados que já estão consolidados. Um dos temas centrais deste trabalho é o estudo do instituto do reconhecimento de Estados no direito internacional.

Um dos temas que mais gera divergências entusiasma o debate dos internacionalistas, a temática do reconhecimento de Estados possui diversas nuances, as quais serão no mínimo tocadas, ainda que nem sempre pormenorizadas, neste ensaio.

Porém, a análise da teoria pura não nos interessa, pelo menos neste momento. Muito embora se considere importante que um jurista que escreva sobre um tema o domine teoricamente, a avaliação doutrinária não pode ser desencadeada do meio em que está inserida. Desta forma, faz-se necessário contextualizar o debate teórico, para que não se esqueça da realidade à qual o direito é aplicado, assim como a realidade que modifica o direito, através dos usos e costumes.

O problema escolhido para colorir este trabalho é, sem dúvida, um dos que mais gera controvérsia nos últimos anos no âmbito da comunidade internacional. A província de Kosovo, antigo território da República da Sérvia, que, por conseguinte, fez parte da antiga República Federativa Socialista da Iugoslávia, vive uma situação de instabilidade e incertezas desde meados da década de 1990. Depois de passar por um desastre humanitário, foi brindada com o auxílio internacional por parte de organizações internacionais e, nos últimos anos, se vê em meio a uma disputa política, na qual seu povo apenas deseja ver-se livre, autônomo, independente. Contudo, os problemas que podem se ocasionar de uma situação de plena independência não são nada simples de serem resolvidos, podendo até reacender a chama das tensões étnicas que tanto assolaram os Bálcãs nos últimos 25 anos.

Este trabalho será dividido em três capítulos. Na primeira parte, será destrinchada a teoria do reconhecimento de Estados. Especial atenção será ofertada à dicotomia existente na doutrina desde que o termo “reconhecimento de Estados” e o seu conceito começou a ser difundido, que consiste no (aparentemente) irreconciliável confronto entre as teorias *declaratória* e *constitutiva* do reconhecimento. Após, a abordagem será voltada à prática, buscando-se analisar as principais situações em que Estados que aparentemente existem em sua plenitude não são reconhecidos pela comunidade internacional; bem como se prestará atenção aos principais instrumentos normativos internacionais que regulam (ou tentam regular) a criação e o reconhecimento de Estados.

No segundo capítulo, a abordagem se voltará ao princípio da autodeterminação dos povos e a sua relação com a Organização das Nações Unidas. A ideia de que os povos devem determinar livremente seus rumos civilizacionais não é novidade, nem foi criada pela ONU; é um conceito que existe há séculos, mas que, indubitavelmente, foi alçado pelas Nações Unidas a um nível impensado no começo do século XX, por exemplo. A atividade normativa da ONU também será estudada, para que se esclareça como o princípio da autodeterminação dos povos é aplicado na prática, tanto em situações de descolonização quanto fora da conjuntura colonial, podendo ou não dar ensejo ao surgimento de novos Estados na comunidade internacional.

Na terceira seção, este ensaio entrará de vez no problema proposto: Kosovo e o seu surgimento como Estado no direito internacional. Para tanto, deve-se remeter, primeiramente, à história do território, à consolidação daquele povo naquele determinado pedaço de terra;

passando pelos anos iugoslavos até a dissolução da Federação, a perda da autonomia, as tensões civilizacionais até o ponto mais crítico do problema, que fez com que organismos internacionais tivessem de socorrer Kosovo de uma situação calamitosa. Depois, com a administração internacional, ocorre o fortalecimento da instituição e sua posterior luta por independência, que é finalmente proclamada em 2008 – perante protestos da Sérvia e de grande parte da comunidade internacional – e, se não ratificada, é simplesmente deixada de lado pela Corte Internacional de Justiça em 2010 como um “fator secundário” na formação do Estado e nos efeitos que isso ocasiona para o direito internacional.

Aplicou-se para a realização dessa pesquisa o método científico indutivo, que consiste em colher conclusões de cunho geral a partir da inquirição de casos específicos. A análise histórica do problema e de todos os elementos que o circundam também foi de suma importância para enriquecer as conclusões que se pôde atingir.

Para a consecução do trabalho, utilizou-se bibliografia predominantemente de artigos científicos que versavam sobre o tema proposto, além de doutrinas gerais (como manuais de direito internacional) e específicas do problema. A maior parte dos textos utilizados foi de línguas estrangeiras, mais especificamente o inglês e o italiano, devido à dificuldade de se achar material atualizado em português sobre o tópico deste ensaio. Ademais, documentos oficiais de organizações internacionais, como a ONU, foram extensamente utilizados.

A estrutura do trabalho foi submetida às normas atualizadas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT). Todas as traduções foram feitas pelo autor deste trabalho, o qual se responsabiliza por eventuais falhas. Os endereços eletrônicos foram visitados pela última vez no dia 30 de junho de 2015.

1. O RECONHECIMENTO DE ESTADOS NO DIREITO INTERNACIONAL

A comunidade internacional, atualmente, verifica uma gama crescente de entes que podem ser considerados como sujeitos de direito internacional. Contudo, são os Estados que permanecem sendo os “guardiões dos portões da personalidade jurídica internacional”. Os Estados, em grande parte, ainda mantêm a autoridade governamental, no âmbito doméstico e também internacional. O sistema jurídico internacional, que atribui ou refuta a personalidade internacional aos seus participantes, ainda que indubitavelmente esteja mais aberto do que nunca, continua sendo, *a priori*, um sistema de exclusão ao invés de um sistema aberto à ampla participação¹.

A visão predominante entre os internacionalistas no começo do século XX atribuía ao reconhecimento de Estados um caráter de não regulação pela lei, por tratar-se de um tema político. Contudo, não há como divergir do fato de que o reconhecimento de Estados ocupa um lugar muito relevante nos escritos jurídicos. Mesmo negando a característica jurídica do ato de reconhecimento, parte da doutrina sustenta que esse ato político, assim realizado, gera consequências legais.

Outro efeito da prática dos séculos passados foi focar atenção exclusivamente no ato de reconhecimento por si só, bem como de seus efeitos legais, em oposição ao problema da elaboração de normas determinando o status das várias unidades territoriais providas de um governo permanente e a competência dos órgãos internacionais para estabelecer tal situação².

O problema do reconhecimento de Estados sempre foi permeado pela controvérsia entre as doutrinas rivais dos caracteres *declaratório* e *constitutivo* do reconhecimento. A contraposição dessas duas doutrinas dominou por um longo tempo a discussão sobre o tema³. Ao longo do século passado, uma substancial parcela dos autores negava que o

¹ CRAWFORD, James. *Chance, Order, Change: The Course of International Law. Collected Courses*, Vol. 365. The Hague: The Hague Academy Collected Courses, 2013, par. 259: “There is an expanding range of actors in the international system, but States very much remain the key holders and gatekeepers of personality. (...) It remains the case that States retain the prerogative of domestic and international governance (...). The international law of personality is no doubt more open today, but for key purposes it is still a law of exclusion, not of participation.”

² CRAWFORD, James. *The Creation of States in International Law*, 2nd Ed. New York: Oxford University Press, 2006. p. 17.

³ LAUTERPACHT, Hersch. *Recognition in International Law*. New York: Cambridge University Press, 1947. pp. 1-7.

reconhecimento de Estados tinha natureza legal, fossem eles aderentes da teoria declaratória ou da tese constitutiva⁴.

Contudo, esse viés meramente político do ato de reconhecimento sofreu seu contraponto. Desde o século XIX existe a corrente que considera o reconhecimento de Estados através da lente do cumprimento de um dever legal em relação à entidade que busca tornar-se um Estado, bem como para com a sociedade internacional em geral. Assim, quando uma nação obtém as características de um Estado e procede ao exercício das funções estatais, justifica-se o direito de ser reconhecida. Da mesma forma,

(...) enquanto a controvérsia pelo estabelecimento de um novo Estado durar, e enquanto restar dúvida acerca do surgimento do referido Estado, nenhum outro Estado é obrigado a reconhecê-lo (...). O recém-criado Estado tem o direito a entrar na comunidade internacional e ser reconhecido pelos outros Estados se sua existência é inatacável e segura. (O novo Estado) tem esse direito porque existe, e porque o direito internacional associa os Estados do mundo em um sistema jurídico comum. (...) Os Estados preexistentes não podem excluir arbitrariamente um Estado da sociedade de Estados, assim como eles não podem arbitrariamente se retirar dessa sociedade⁵.

A solução esboçada, de maneira não satisfatória, revela o dilema que resulta da repetição acrítica de que o direito ao reconhecimento não existe. Os adeptos da visão declaratória tentaram fugir desse problema através do enfraquecimento da função do reconhecimento. Para tanto, tentaram reduzi-lo a uma formalidade, ou a um gesto de garantia do gozo de direitos já existentes, ou ainda a uma declaração de interesse ao início de relações diplomáticas. Nenhuma dessas interpretações pode ser aceita como estando sequer de acordo com a prática internacional.

⁴ *Ibidem*, p. 63. A lista de autores que nega a natureza legal ao ato de reconhecimento é por demais extensa, cabendo, para os propósitos deste trabalho, destacar as seguintes obras: VERDROSS, Alfred. *Derecho Internacional Publico*, 4ª Ed.. Madrid: Aguilar, 1974. Tradução de Antonio Truyol y Serra; OPPENHEIM, Lassa. *International Law*, 3ª Ed. Vol. 1. London: Longmans, Green & Co. 1920; ANZILOTTI, Dionisio. *Corso di Diritto Internazionale*, 1928; BRIERLY, James. *The Law of Nations*, 3ª Ed., 1942; Kelsen, Hans. *Recognition in International Law: Theoretical Observations. American Journal of International Law*, Vol. 35, No. 4, 1941. pp. 605-617.

⁵ BLUNTSCHLI, Johann Kaspar. *Das moderne Völkerrecht der zivilisierten Staaten als Rechtsbuch dargestellt*, 1868, *apud* LAUTERPACHT, *Op. Cit.*: “So long as the open struggle for the establishment of the new State lasts and so long as it is doubtful whether a new State has arisen, no other State is bound to recognize the new State (...). The newly created State has a right to enter into the international community and to be recognized by other States if its existence is undoubted and secure. It has the right because it exists and because international law unites the States of the world into a common legal system. (...) The existing States can no more arbitrarily exclude a State from the society of States than they can themselves withdraw arbitrarily from that society.” p. 69-70. No mesmo sentido, e escrevendo já em meados do século subsequente, SCHELLE, Georges. *Précis de droit des gens*, Vol. 1, 1933 : “La reconnaissance étant constatation est due, ou si l’on préfère obligatoire.” p. 56.

Na sua essência, o reconhecimento é um ato político, ainda que possa se fundamentar em critérios jurídicos, total ou parcialmente. Assim, a decisão acerca do reconhecimento caberá às autoridades executivas de cada Estado e será influenciada por considerações de cunho político, legal e econômico⁶.

Parte-se do pressuposto de que sujeitos do direito internacional por excelência são Estados. Logo, o direito internacional deve definir o que é um Estado; deve determinar quais qualidades uma comunidade deve possuir para se configurar um Estado em sentido internacional e, assim, garantir que fique sujeita aos direitos e obrigações resultantes do direito internacional. Caso o direito internacional não determinasse no que consiste um Estado, suas normas, por conseguinte, não lhe seriam aplicáveis⁷.

A disputa entre os adeptos das teorias constitutiva e declaratória tem desde sempre “fascinado” os juristas. Esse embate fez com que os mesmos engajassem mais no debate teórico em detrimento da análise da prática dos Estados a fim de notar se seus precedentes revelam qualquer princípio que oriente a discussão. O problema do reconhecimento de Estados foi historicamente identificado com a “controvérsia entre as doutrinas rivais das teses *constitutiva e declaratória*”⁸.

Em breve descrição, na tese declaratória o reconhecimento é concebido como um ato político, de natureza meramente *confirmatória* da existência de um Estado. O reconhecimento compreendido pelo viés constitutivo, arrogado à corrente voluntarista da primeira metade do século XX, concebia o reconhecimento como um ato jurídico unilateral de aceitação da soberania de uma nova entidade estatal⁹.

Procede-se, portanto, à necessária análise dos elementos que compõem essas duas teses e as diferenciam, buscando encontrar os pontos em que se coadunam com a prática internacional, bem como os aspectos nos quais as doutrinas fogem à realidade, permanecendo num plano estritamente teórico, desprendido do que realmente está acontecendo no plano internacional.

⁶ DIXON, Martin. *Textbook on International Law*, 6th Ed. New York: Oxford University Press, 2007. p. 127

⁷ KELSEN, *Op.Cit.* pp. 606-607.

⁸ DUGARD, John. *The Secession of States and their Recognition in the Wake of Kosovo. Collected Courses*, Vol. 357. The Hague: The Hague Academy Collected Courses, 2011. pp. 45-48.

⁹ MILANO, Enrico. *Formazione dello Stato e Processi di State-Building nel Diritto Internazionale – Kosovo 1999-2013*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2013. pp. 17-23.

1.1 As teorias declaratória e constitutiva do reconhecimento de Estados

1.1.1 Teoria declaratória

Na teoria *declaratória*, a personalidade jurídica internacional de um Estado não depende do seu reconhecimento como tal por parte dos demais Estados; ela é conferida por normas de direito internacional e, assim, ainda que um Estado ou governo não seja reconhecido pelos demais, é titular de direitos e sujeito às normas gerais de direito internacional.

Em geral, essa teoria está de acordo com a prática internacional. O não reconhecimento não implica na falta de personalidade jurídica internacional da entidade. Se a entidade preenche os critérios estabelecidos, especialmente aqueles que concernem o controle *de facto* e efetivo, esta será um *Estado* ou um *governo*, independentemente do reconhecimento. Portanto, o ato do reconhecimento não é determinativo para que seja conferida a estatalidade a uma determinada entidade, visto que esse status é regido pelo Direito Internacional¹⁰.

A doutrina segundo a qual o reconhecimento é declarativo parece mais aceitável diante dos princípios do direito internacional. O reconhecimento é uma constatação, uma declaração pela qual o Estado preexistente verifica legalmente a gênese de um novo Estado, preenchendo as condições de efetividade e de legitimidade requeridas pelo direito internacional. Esta tese do reconhecimento declarativo, em conformidade com a prática estatal, é hoje habitualmente admitida.

A teoria declaratória sustenta que, mesmo antes do reconhecimento, a comunidade já existe como Estado e, dessa forma, seria titular dos direitos atribuídos aos Estados na ordem normativa internacional. Encontra-se dificuldade por motivo da assertiva de que “o único

¹⁰ DIXON, *Op. Cit.*, p. 141. Nesse mesmo sentido é possível conferir TOUSCOZ, Jean. *Direito Internacional*. Sintra: Publicações Europa-América, 1993. Tradução de Nuno Canas Mendes: “A prática e, especialmente, a abundante jurisprudência intervinda neste domínio confirmam o caráter declarativo do reconhecimento. Assim, o reconhecimento é irrevogável: não seria anulado se não sobreviessem acontecimentos que modificassem profundamente a situação do novo Estado; é incondicional, pois o Estado que o concede não deve intervir nos assuntos internos do Estado reconhecido; tende a ser obrigatório, no sentido em que os Estados são levados a reconhecer um novo Estado que preencha as condições de efetividade e legitimidade requeridas.” pp. 92-93.

significado do reconhecimento é a declaração política da vontade de iniciar relações diplomáticas com o Estado nascente¹¹”.

A respeitabilidade que se afeiçoou ao credo positivista foi tamanha que a maioria dos juristas ligados à doutrina declaratória juntou-se involuntariamente aos defensores da visão constitutiva do reconhecimento de Estados, ao concordar com a negação da natureza jurídica do ato de reconhecimento, atingindo, por decorrência disso, o cerne da visão ortodoxa positivista¹².

Um Estado existe como sujeito de direito internacional assim que *existe* como um fato. Para *existir* como um fato, o Estado deve preencher as condições de estatalidade estabelecidas pelo direito internacional. O reconhecimento, portanto, meramente declara a existência de um fato¹³, para a doutrina declaratória.

A pergunta que surge das supracitadas premissas é: qual o significado jurídico do ato de reconhecimento? Foi estabelecido, como visto, que o reconhecimento é um ato político, e não jurídico. Seu único efeito jurídico seria o de sedimentar relações diplomáticas entre o Estado reconhecedor e o Estado reconhecido. O reconhecimento implica na aceitação do novo Estado como membro da comunidade internacional; o Estado reconhecedor, por consequência, vincula-se pela sua própria declaração daquele momento em diante.

Embora defensável em termos teóricos, a doutrina declaratória do reconhecimento estatal poderia encontrar dificuldade na prática internacional. A concepção atribuída à função

¹¹ TOUSCOZ, *Op. Cit.* p. 93.

¹² LAUTERPACHT, *Op. Cit.* pp. 2-3. O autor austro-britânico cita uma passagem do jurista austríaco Josef L. Kunz, que sustentava que os declarativistas eram, de fato, positivistas: “*Kunz goes to the length of maintaining that most of the adherents of the declaratory view are positivists. This is probably an exaggeration. But there are in fact some who incline to the declaratory view of recognition*”. p. 45.

¹³ *Ibidem*, pp. 41-42. Pode-se contar vários outros autores que aderiram à tese declaratória do reconhecimento de Estados, como VERDROSS, *Op. Cit.*; BRIERLY, *Op. Cit.*; FIORE, Pasquale. *Il Diritto Internazionale Codificato*, 2ª Ed.. Torino: Unione Tipografico-Editrice, 1911; ERICH, R. *La naissance et la reconnaissance des Etats, Recueil des Cours*, Vol. 13. The Hague: The Hague Academy Collected Courses, 1926, p. 461: “*Quand un gouvernement étranger reconnaît un nouvel État il constate, par là même, qu'on se trouve devant un fait, un statut organisé dont l'existence lui paraît incontestable. On le reconnaît parce qu'il existe. On ne le reconnaît pas afin qu'il prenne naissance*”; BROWNIE, Ian. *Principles of Public International Law*, 2ª Ed.. New York: Oxford University Press, 2002, pp. 89-90: “*Recognition, as a public act of state, is an optional and political act and there is no legal duty in this regard. However, in a deeper sense, if an entity bears the marks of statehood, other states put themselves at risk legally, if they ignore the basic obligations of state relations*”; CHARPENTIER, Jean. *La reconnaissance internationale et l'évolution du droit des gens*. Paris: Editions A. Pedone, 1958.

de reconhecer parece ser por demais simplista, desprovida de utilidade. Ainda, as críticas à doutrina constitutiva provam-se, em última análise, pouco fundamentadas juridicamente.

Diante dos argumentos apresentados, é de se impressionar a ampla aceitação dessa tese pelo meio internacionalista. Ela consiste numa reação contra a teoria constitutiva exposta reiteradamente – “opõe-se a uma doutrina que, baseada num *approach* radicalmente positivista, deduz a personalidade jurídica dos novos Estados a partir da vontade dos Estados anteriormente estabelecidos¹⁴”.

O reconhecimento de um novo Estado é um ato político, que, *a priori*, é independente da existência do novo Estado como um sujeito de direito internacional. Como anuncia Charpentier, a condição de estatalidade de um Estado é “oponível a Estados que não o reconhecem¹⁵”.

O ponto a favor da teoria declaratória consiste em evitar as dificuldades práticas e especialmente lógicas que envolvem a teoria constitutiva do reconhecimento de Estados. É, de fato, a corrente teórica que mais se coaduna com a prática internacional, carregando consigo boa parte da opinião de cortes e governos¹⁶. Pode-se até argumentar que o reconhecimento (ao menos no sentido menos formal de tratar a entidade pretendente como Estado) é matéria central à personalidade jurídica internacional.

Tanto a opinião dos principais juristas que trataram do tema quanto a prática internacional dos Estados não revela qualquer caráter constitutivo atribuído pelos atos de reconhecimento dos outros Estados a respeito do *status* de novas entidades estatais¹⁷.

James Brierly, um dos defensores da tese declaratória do reconhecimento de Estados, sustenta que reconhecer um novo Estado “não gera a existência jurídica de um Estado que anteriormente não existia nesse sentido”. Se o Estado existe, se é um *fato*, “tem o direito a ser

¹⁴ *Ibidem*, p. 77. Do original: “(...) it has been a reaction (...) against a doctrine which, basing itself on a radical positivist approach, deduces the international personality of new States from the will of those already established”. Também nesse sentido, CRAWFORD, *Op. Cit.*, p. 25-26, complementando: “Moreover States do not in practice regard unrecognized States as exempt from international law; indeed failure to comply with international law is sometimes cited as a justification for non-recognition.”

¹⁵ CHARPENTIER, *Op. Cit.*, p.160.

¹⁶ CRAWFORD, *Op. Cit.*, p. 23.

¹⁷ *Ibidem*, p. 24. A prática internacional de reconhecimento de Estados será detalhada no ponto 1.2 *infra*.

tratado pela comunidade internacional como tal”. A função primária do reconhecimento, portanto, é a admissão – o reconhecimento – de um fato¹⁸.

Como um enfoque de cunho geral, a tese declaratória pende a favor de um método jurídico e objetivo da análise das situações. De qualquer forma, a ideia de que um problema envolvendo a condição de uma entidade estatal (ou não) envolve a mera confirmação de fatos é por demais simples. Questões de fato são primordiais; mas os critérios legais devem de fato aplicados. Poder-se-ia afirmar que a teoria declaratória não prepara o jurista para os problemas que permeiam a matéria do reconhecimento de Estados, ou para a avaliação de declarações governamentais e da conduta dos Estados em geral¹⁹. A teoria, ademais, não auxilia em casos nos quais os fatos são claros, mas subsistem traços de ilegalidade – como nos casos dos territórios de Manchukuo e da Rodésia do Sul²⁰.

John Dugard, por sua vez, defende que uma entidade torna-se um Estado, de acordo com a teoria declaratória do reconhecimento, no momento em que atinge os requerimentos de estatalidade estabelecidos pela Convenção de Montevideo de 1933²¹. O ato do reconhecimento não é necessário para estabelecer a personalidade internacional do Estado, sendo apenas uma questão de fato²².

Ainda nesse sentido, não é aceitável afirmar que um Estado pode vir e continuar a existir sem que obtenha qualquer reconhecimento internacional, visto que, em tal situação, não poderá demonstrar *capacidade de se relacionar com outros Estados*. Caso não consiga demonstrar tal capacidade, a entidade não se qualifica como um Estado tal qual os demais. Sem haver pelo menos o reconhecimento por parte de alguns Estados, torna-se impossível que a nova entidade entre em relações internacionais com os mesmos.

Tratando da questão, Hedley Bull chegou a afirmar que uma comunidade que alega ser soberana “mas não consegue exercer esse direito na prática não é um Estado propriamente

¹⁸ BRIERLY, *Op. Cit.*: “(...)the granting of recognition to a new state is not a *constitutive* but a *declaratory* act; it does not bring into legal existence a state which did not exist before. (...) if it does exist in fact, then it has a right to be treated by them *as* a state. The primary function of recognition is to acknowledge as a fact (...)” pp. 131-132.

¹⁹ BROWNLIE, Ian. *Recognition in Theory and Practice*. In: MACDONALD, Ronald St. J., JOHNSTON, Douglas M. (Ed). *The Structure and Process of International Law: Modern Essays in Legal Philosophy, Doctrine and Theory*. The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1983. p. 206.

²⁰ Seção 1.2, *infra*.

²¹ *Ibidem*.

²² DUGARD, *Op. Cit.*, p. 47.

dito. Ainda que o reconhecimento não crie o Estado, ele deve ser levado em conta ao se decidir acerca da satisfação do quarto requerimento do Estado²³”.

De acordo com a teoria declaratória, pode-se sustentar que o território de Somaliland, por exemplo, caracterizar-se-ia como um Estado. Na prática, contudo, a entidade não é considerada um Estado pela simples razão de que nunca foi reconhecida por qualquer Estado existente²⁴.

Analisando a partir desse ponto a doutrina italiana contemporânea, proeminente em contribuições para o direito internacional, nota-se que o Estado é majoritariamente considerado um sujeito de fato na comunidade internacional²⁵.

Segundo tal tese, o direito internacional não disciplinaria nem condicionaria qualquer processo de formação, consolidação e extinção dos Estados. Estes são entendidos como organizações político-territoriais efetivas e independentes, capazes, por conseguinte, de exercer a autoridade exclusiva de governo – seja no âmbito de seu próprio território ou diante da sua população, bem como de manter relações independentes e paritárias perante outros Estados no plano internacional²⁶.

²³ BULL, Hedley. *The Anarchical Society: A Study of Order in World Politics*. Londres: Macmillan, 1977. pp. 8-9.

²⁴ KREIJEN, Gerard. *State Failure, Sovereignty and Effectiveness*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2004: “Without recognition, an entity is prevented from establishing and putting into practice full rights and obligations under international law, (...) from the acquisition of the practical implications of statehood. (...) the truncated entity which a non-recognized State constitutes is not a State after all.” p. 16.

²⁵ MILANO, Op. Cit., p. 14: “Secondo la tesi sposata in maniera pressoché unanime dalla dottrina italiana contemporanea, (...) lo Stato va considerato una persona reale nel diritto internazionale.” Na mesma toada, ARANGIO-RUIZ, Gaetano. *The United Nations Declaration on Friendly Relations and the System of Sources of International Law*. Alphen aan den Rijn: Martinus Nijhoff Publishers, 1979: “(...) the States of international law are factual collective entities defined as ‘corporate bodies’ only if this term is used in a purely material sense. In international relations, and therefore in the sense of international law, the State is not a secondary, artificial person. The State in the sense of international law is a given person, a real entity, one of the elementary units among which international law operates. It is thus a primary person.” p. 222.

²⁶ Nesse sentido, confira-se os seguintes excertos retirados da doutrina italiana: TREVES, Tullo. *Diritto Internazionale. Problemi Fondamentali*. Milano: Giuffrè, 2005: “La formazione di uno Stato è un fenomeno essenzialmente politico e pre-giuridico”, pp. 51-52; CANNIZZARO, Enzo. *Corso di Diritto Internazionale*, Torino: Giappichelli, 2014: “[Il diritto internazionale] non disciplina il procedimento di formazione dello Stato, né quello della sua estinzione, ma si limita a constatarne l’esistenza o la sua cessazione, e a regolarne (...) gli effetti”, p. 269; GIOIA, Andrea. *Diritto Internazionale: manuale breve*, Milano: Giuffrè, 2010: “Da questo punto di vista, ispirato al principio della effettività, è irrilevante che la nascita dello Stato avvenga in applicazione o in violazione di norme giuridiche, internazionali o statali: è, invece, necessario e sufficiente che si sia costituito in via di fatto un ente dotato di un’organizzazione che eserciti effettivamente, e a titolo originario, il potere di governo su una determinata comunità territoriale”, pp. 127-128; MILANO, Op. Cit., ainda esclarece à p. 16, nota 4: “In uno dei rari studi monografici più recenti sulla formazione dello Stato, la teoria fattualista,

Atinge-se, dessa forma, a conclusão de que a efetividade de governo seria, assim, o princípio cardeal a regular a existência do Estado no cenário internacional. A consequência natural desse ponto é que o reconhecimento por parte de outros Estados teria uma natureza meramente declaratória.

Associa-se a favor de uma noção de Estado fundada no princípio da efetividade um raciocínio de caráter funcional, relacionado diretamente com a peculiaridade do sistema jurídico internacional. Sendo desprovido de um mecanismo institucional robusto, capaz de atuar e garantir de maneira imparcial as obrigações previstas pelas normas, este sistema confia poderes de decisão, em grande parte, à vontade e capacidade dos Estados, os principais sujeitos do ordenamento jurídico internacional.

Na ausência de um mecanismo hierarquizado, capaz de estabelecer de maneira autoritativa se a organização governamental de um Estado responde de fato à vontade popular, devem os Estados se ater a uma presunção de legitimidade de um governo que consiga obter o respeito e a aceitação da própria população²⁷.

Não se admite a situação em que um Estado exista no confronto com alguns sujeitos e não exista em face de outros, de acordo com o reconhecimento concedido ou negado. A tese *realista*²⁸ do surgimento de Estados apresenta uma resposta mais certa à exigência de fazer com que problemas jurídicos sejam resolvidos com clareza²⁹, de torna-los oponíveis à plenitude da comunidade internacional³⁰.

qualificata dalla rilevanza procedurale delle norme di diritto internazionale nei processi di formazione degli Stati, è stata accolta anche da Antonello Tancredi. Al di fuori dell'Italia, (si veda) Malcolm Evans."

²⁷ MILANO, *Op. Cit.*, p.21, argumento desenvolvido também por TANCREDI, Antonello. *Lo Stato nel diritto internazionale tra effettività e legalità/legittimità*, In: *Ars Interpretandi*, Padova, 2011, pp. 131-171; ROTH, Brad R.. *Governmental Illegitimacy in International Law*, New York: Oxford University Press, 1999; e MILANO, Enrico. *Unlawful Situations in International Law: Reconciling Effectiveness, Legality and Legitimacy*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006. p. 48.

²⁸ Denominação emprestada de MILANO, *Formazione dello Stato*, ao descrever a porção da doutrina que acredita que o processo de formação do Estado é, acima de tudo, uma realidade, e não algo previsto ou regulado por normas internacionais.

²⁹ GIOIA, *Op. Cit.*: "*Tuttavia si tende oggi a negare carattere costitutivo del riconoscimento sulla base della considerazione per cui la soggettività internazionale di un nuovo Stato, se sussiste, deve necessariamente sussistere erga omnes. La dottrina oggi prevalente ritiene dunque che il riconoscimento si limiti a constatare la nascita di un nuovo Stato, senza però influire direttamente sull'acquisito della personalità internazionale dello Stato stesso (teoria del riconoscimento dichiarativo)*", p. 133; TANZI, Attila. *Introduzione al Diritto Internazionale Contemporaneo*, 4ª Ed.. Padova: CEDAM, 2013: "*Non si può quindi non condividere la tesi diffusa per cui il riconoscimento abbia valore meramente ricognitivo e non costitutivo della personalità giuridica, avendo valore esclusivamente politico.*" pp. 199-200.

³⁰ *Report of the Independent International Fact-Finding Mission on Georgia*, Vol. 2, 2009: "*This relativity would cause legal confusion and would be impracticable. Moreover and most importantly, if statehood depended*

O reconhecimento executa um papel basilar quanto à afirmação da subjetividade internacional do Estado, ainda mais no atual contexto em que a sociedade internacional se encontra. Nesta sociedade internacional contemporânea, caracterizada por uma interdependência entre seus atores em constante crescimento, a capacidade efetiva para tomar parte em relações internacionais é cada vez mais um indicador da efetividade plena do Estado, fazendo com que a soberania interna, classicamente entendida como poder de controlar sua própria população dentro de seu próprio território, não seja o único critério para se definir uma entidade estatal.

Por essa razão, se considera *Estado* toda a organização político-territorial que obtenha um largo reconhecimento pela comunidade internacional e, por consequência disso, participe como membro de organizações internacionais, conclua tratados, receba e envie representantes diplomáticos, ou seja, uma entidade que se engaje plenamente na vida internacional.

Enquanto se discute constantemente sobre a natureza jurídica das entidades que obtêm reconhecimento apenas parcial da comunidade internacional, ou admissão a somente parte das organizações internacionais (automaticamente remete-se aos casos de Palestina e Kosovo), não se pode negar que o reconhecimento desempenha papel crucial no modelar do consenso entre os atores do ordenamento internacional.

Entretanto, a afirmação de que o reconhecimento possa ser dotado de um efeito constitutivo da personalidade jurídica internacional do Estado é mais controversa e, por decorrência, mais difícil de defender. Pode-se concluir seguramente que tal assertiva não encontra fundamento na doutrina internacional contemporânea³¹.

1.1.2 Teoria Constitutiva

Com fulcro na teoria constitutiva, o ato do reconhecimento é visto como pré-condição necessária para que subsistam as capacidades de um Estado. O seu efeito prático consiste em

on recognition, an unrecognized political entity, although it possesses all features of a State would not be protected by international law and would itself not be bound by international law. It would exist in an international legal vacuum.” p. 127.

³¹ Conforme esclarece GIOIA, *Op. Cit.*: “Per quanto riguarda gli effetti giuridici del riconoscimento per lo Stato che lo effettua, esso attesta che tale Stato ritiene che lo Stato nuovo possieda quei requisiti di sovranità ed indipendenza che sono necessari per la soggettività internazionale ed ha, quindi, un effetto preclusivo, che è tipico del riconoscimento in quanto atto giuridico unilaterale: dopo il riconoscimento, lo Stato che lo ha effettuato non può più contestare, in particolare in sede arbitrale o giudiziale, l’esistenza del nuovo ente come Stato sovrano ed indipendente.” pp. 133-134. Também nesse sentido MILANO, *Op. Cit.*, p. 50.

não atribuir personalidade jurídica internacional ao “Estado” não reconhecido pela comunidade internacional. Dessa forma, afirma-se que o reconhecimento “constitui” o Estado.

O principal ponto de força da teoria é ressaltar que Estados não são obrigados a entrar em relações bilaterais com nenhuma outra entidade³².

A teoria constitutiva se resume a duas assertivas: em primeiro lugar, antes do reconhecimento, a comunidade não possui os direitos ou as obrigações que o direito internacional relaciona com um estado de estatalidade plena. Ademais, o reconhecimento é uma matéria de absoluta discricção política, diferentemente de um dever legal que se deve à referida comunidade.

É a abordagem compatível com o positivismo legal, refletido na doutrina internacionalista. O viés constitutivo ortodoxo pode ser verificado em Hegel, um dos responsáveis pelas doutrinas novecentistas do positivismo e da absoluta soberania do Estado na esfera internacional.

A doutrina constitutivista do reconhecimento no direito internacional é manifestada por diversos autores. Pode-se aludir, como exemplo, aos escritos do jurista alemão Georg Jellinek, que explica que “as relações na forma de direitos e deveres entre duas entidades que não se sujeitam a nenhuma ordem legal superior só podem resultar do mútuo reconhecimento de suas personalidades jurídicas³³”.

Outro dos expoentes da doutrina do reconhecimento constitutivo da personalidade estatal, o italiano Dionisio Anzilotti, escrevendo no princípio do século XX, defendia a tese de que normas de direito internacional são criadas pelo consenso dos Estados preexistentes. Assim, “um sujeito de direito internacional começa a sê-lo concomitantemente à primeira

³² DIXON, *Op. Cit.*, para o qual “fica claro que a teoria constitutiva levanta problemas práticos e teóricos insolúveis. (...) Não resta dúvida que o reconhecimento é um ato político, governado apenas em parte por princípios legais. Certamente, a personalidade jurídica internacional deve ser um fato objetivo, passível de determinação pela aplicação de normas internacionais. (...) Caso aceitássemos a teoria, qual seria o grau de reconhecimento requerido, em termos práticos, para que se constituísse um *Estado*? Deve haver unanimidade entre a comunidade internacional, ou basta uma maioria, uma considerável minoria ou ainda apenas um Estado reconhecedor.” pp. 127-129.

³³ JELLINEK, Georg, *Die Lehre von den Staatenverbindungen*, apud LAUTERPACHT: “He insisted that legal relations in the form of legal rights and duties between two entities not subject to a superior legal order can arise only as the result of mutual recognition of legal personality. (...) he urged that recognition is necessary in order to make it part of the juridical community of States”. Outros internacionalistas que consideravam o reconhecimento um ato constitutivo são OPPENHEIM, *Op. Cit.*, TRIEPEL, Karl Heinrich, *International Law and National Law*, 1929, ANZILOTTI, *Op. Cit.* e KELSEN, *Op. Cit.*

manifestação pelo tratado de reconhecimento, ou pelo instrumento equivalente”. Esse reconhecimento é recíproco entre as partes, e constitutivo da personalidade internacional da nova entidade. O jurista italiano conclui que, “assim como qualquer outro tratado, ele é vinculante em virtude do princípio fundamental do *pacta sunt servanda*”, isto é, que os pactos devem ser cumpridos entre os contratantes³⁴.

A tese do reconhecimento constitutivo levanta críticas por parte da doutrina. Como uma amostra delas, é difícil entender como uma entidade que ainda não detém o caráter fundamental da existência jurídica poderia concluir um tratado que pressupõe sua personalidade. Caso uma comunidade seja reconhecida como Estado pelos Estados preexistentes, qual seria o fundamento jurídico que justificaria a sua subscrição a um tratado internacional, que é o ato do reconhecimento em si³⁵?

Seus adeptos não levam em conta a fundamental deficiência da doutrina constitutiva: que o ato constitutivo, gerador da condição de Estado a uma entidade, é um ato político livre, desprendido de quaisquer considerações que concernem ao direito internacional³⁶.

A teoria positivista prescrevia que a obrigação de respeitar o direito internacional advinha do consentimento individual dos Estados. Mesmo que os entes estatais geralmente apoiem a abordagem voluntarista do direito internacional, a sua prática nem sempre foi consistente com tal declaração. Nesse sentido, foi proporcionado a Estados não reconhecidos e povos com alguma forma constante de autoridade governamental o benefício da integralidade ao sistema internacional, tratados como tal e vinculados às normas gerais de direito internacional. A controvérsia é em grande parte doutrinária; entretanto, os ensinamentos dos doutrinadores internacionais tiveram forte influência no entendimento da matéria, e não devem ser subestimados.

O efeito da doutrina positivista, em matérias de formação de Estados, posicionou, como se pôde constatar, toda a ênfase na questão do reconhecimento. Na esfera internacional, a íntima ligação estabelecida pela doutrina do século XIX entre reconhecimento e estatalidade

³⁴ ANZILOTTI, *Op. Cit.*: “(...) *la personalità internazionale, resa possibile da questa norme, diviene attuale e concreta col riconoscimento. Questo, secondo noi, è puramente e semplicemente l'accordo iniziale a cui si college il sorgere di norme giuridiche per dati subietti e quindi la loro personalità l'uno di fronte all'altro; per suo stesso concetto è reciproco e costitutivo.*” p. 148.

³⁵ LAUTERPACHT, *Op. Cit.*: “(...) *it is impossible to understand how an entity which does not possess a juridical existence can conclude a treaty which presupposes its personality.*” pp. 40-41.

³⁶ *Ibidem*, pp. 52-54.

foi de grande prejuízo para o entendimento do tópico em estudo neste trabalho. Em especial, o que causou mais divergência foi a premissa, proveniente da corrente constitutiva (que bebeu diretamente da fonte positivista), de que os líderes de governo são – ou deveriam ser – livres para reconhecer ou não reconhecer com base em uma escolha desvinculada de considerações jurídicas, adstritos somente aos interesses particulares de seu Estado³⁷.

Em todo sistema normativo, um determinado órgão deve ser competente para determinar com clareza quais são os seus sujeitos. No sistema internacional atual, essa tarefa somente pode ser desempenhada pelos Estados. Suas determinações são permeadas de efeito jurídico.

Ressalte-se, contudo, que essa afirmação não é aplicável ao direito internacional. Nunca se entendeu que as posições particulares dos Estados geram (ou constituem) efeito jurídico. O sistema internacional é e deveria ser mais do que isso; ou seja, um sistema com potencial para resolver os problemas que lhe são postos, e não meramente para expressá-los através da contraposição de doutrinas divergentes.

Não se pode concluir nada proveniente de um conflito entre Estados que verse sobre o *status* de uma determinada entidade, e não se encontra nenhuma razão pela qual os Estados deveriam vincular-se à abordagem do primeiro Estado reconhecedor, ou do último Estado a não reconhecer uma nova entidade que surge no plano internacional.

Ademais, dois ulteriores argumentos podem ser utilizados para a rejeição da teoria constitutiva do reconhecimento de Estados. Por primeiro, se o reconhecimento de Estados é determinante para o *status* jurídico de Estado a uma entidade, seria difícil de verificar um reconhecimento ilegal e impossível de conceber um reconhecimento inválido, ou mesmo vazio. Todavia, a nulidade de certos atos de reconhecimento foi aceita na prática, com certa fundamentação jurídica. Em segundo lugar, conforme sustenta Kelsen, a existência jurídica de um Estado “possui caráter relativo. Um Estado existe juridicamente apenas em suas relações com outros Estados. Não existe uma existência absoluta³⁸”. Crawford, de maneira contrária,

³⁷ CRAWFORD, *Op.Cit.*. Do original: “(...) in the international sphere the intimate connection established by nineteenth-century doctrine between recognition and statehood has done much harm. (...) the assumption of political leaders that they are, or should be, free to recognize on grounds of their own choosing.” pp. 18-19

³⁸ KELSEN, *Op. Cit.*: “(...) the legal existence of a state... has a relative character. A state exists legally only in its relations to other states. There is no such thing as absolute existence. (...)” pp. 605-609. Em contrapartida,

entende essa consequência da doutrina constitutiva como uma ofensa ao bom senso. De acordo com Lauterpacht, “é uma anomalia gritante, um espetáculo grotesco que lança um reflexo sombrio sobre o direito internacional”.

Caso entendamos que uma característica central da visão constitutiva é passível de receber tais críticas, pode-se afirmar que a doutrina constitutiva do reconhecimento de Estados está equivocada³⁹. A prática estatal, por sua vez, não demonstra nem a aprovação de um dever de reconhecimento, nem uma visão uniforme acerca reconhecimento de Estados como constitutivo dos mesmos.

O ato político de reconhecimento por parte de outros Estados seria uma pré-condição à existência de direitos atribuídos à entidade em questão. Isso equivale a dizer que a própria existência de um Estado depende da decisão política de outros Estados.

Ainda que a doutrina constitutivista assuma diversas formas, o seu núcleo não é aceitável com base no direito internacional. Estados não podem determinar (e frequentemente rejeitar) o conteúdo de seus deveres legais em relação a outros Estados através da negativa ao seu reconhecimento.

Não obstante, faz-se necessário reconhecer certa verossimilhança da tese constitutiva em relação a situações de fato que são sujeitas à análise legal. Em várias situações, tais fatos envolvem um litígio (judicializado ou não), e a corte ou órgão executivo deve apreciar a questão da estatalidade (ou efetivo governo) de maneira um tanto quanto arbitrária. O reconhecimento de Estados envolve uma escolha ou, no mínimo, uma *certificação*. Pode-se declarar até que entidades políticas exíguas, como o Principado de Andorra, dependem do papel do reconhecimento para superar a aparente carência no preenchimento das condições que fazem delas um Estado⁴⁰.

Contudo, entende-se por bem trazer à baila os argumentos favoráveis à teoria constitutiva. Um de seus maiores defensores, Hans Kelsen, explica que o ato jurídico do

LAUTERPACHT, *Op. Cit.*: “ (...) it is a glaring anomaly, a grotesque spectacle casting grave reflection upon international law.” p. 59.

³⁹ CRAWFORD, *Op. Cit.* ainda assim declara, problematizando a questão: “A hybrid position would be to require recognition by one or some States as a prerequisite. But why should any State be allowed to change the legal position of others and isolated and perhaps aberrant act of recognition? And what should the first recognizing State do, if it’s seeking to act in accordance with international law?” p. 22, nota 90.

⁴⁰ BROWNLIE, *Op. Cit.*, p. 207.

reconhecimento é o “estabelecimento de um fato, não a expressão de uma vontade”. A comunidade reconhecida, em sua relação com o Estado que a reconheceu, torna-se um Estado para efeitos legais, sujeito de direitos e deveres estipulados pelo direito internacional. Somente pelo ato de reconhecimento a comunidade emerge juridicamente em relação ao Estado reconhecedor. Somente sua existência jurídica é de importância para o direito internacional. Sua existência legal é idêntica à sua existência como um Estado, um sujeito de direito internacional.

A existência jurídica de um Estado possui um caráter relativo nesse sentido. Um Estado existe legalmente apenas em relação a outros Estados. Para Kelsen, não existe uma “existência absoluta”. Através do ato jurídico do reconhecimento, a comunidade reconhecida “é trazida à existência jurídica” em relação ao Estado reconhecedor. Por conseguinte, as normas da comunidade internacional tornam-se aplicáveis às relações entre esses Estados – desta forma, o reconhecimento possui um caráter essencialmente constitutivo.

O novo Estado inicia sua existência jurídica, portanto, com a declaração de posição de Estado, mas existe somente para si mesmo, não em relação a outros Estados⁴¹.

Alguns autores, como Lauterpacht, chegam a afirmar que existiria um dever, aos Estados existentes, de reconhecer entidades que satisfazem os critérios definidores de Estado. Essa corrente não encontra suporte na prática: os Estados não se consideram vinculados por um dever jurídico de reconhecer entidades que observam os requisitos legais para serem intituladas como Estados. Considerações de ordem política frequentemente preponderam e elas dependem de nenhum princípio além da conveniência conjuntural.

Uma entidade não reconhecida internacionalmente não possuiria direitos nem obrigações defronte a Estados que se refutam o seu reconhecimento. Isso implicaria, na teoria, na conclusão que um Estado não reconhecido poderia utilizar-se da força contra Estados que

⁴¹ Vide nota 38 *supra*. Kelsen prossegue: “O direito internacional conecta a determinados fatos certas consequências. É um princípio jurídico fundamental (ainda que porventura ignorado) que não existem fatos absolutos, fatos evidentes por si só; apenas fatos estabelecidos pela autoridade competente e prescritos pela ordem vigente. Em uma ordem normativa, apenas a opinião da autoridade instituída pelo direito deve conectar os fatos a uma determinada relação jurídica. (...) O fato jurídico *Estado no sentido do direito internacional* existe? Neste ponto, o ato jurídico do reconhecimento cumpre a função que lhe é atribuída pelo direito internacional. (...) O direito internacional é primitivo, extremamente descentralizado. O direito internacional delega essas funções para as partes interessadas. O estabelecimento do fato jurídico *Estado no sentido do direito internacional* recai na jurisdição dos Estados interessados. O estabelecimento desse fato é o ato jurídico do reconhecimento de Estados.”

não o reconheçam (e vice-versa, em uma situação mais factível). Na prática, essa consequência é inverossímil⁴².

O voluntarismo, corrente teórica proeminente na primeira metade do século XX, considerava que o nascimento do Estado estava subordinado à vontade dos Estados já existentes de aceitar sua existência e, através do instituto do reconhecimento de Estados, de fazer com que a nova entidade adquirisse personalidade jurídica internacional plena⁴³.

Hersch Lauterpacht, em termos amplos, conceituava o Estado como um *status* previsto por normas gerais de direito internacional, caracterizado pela ocorrência de aspectos de fato, como um governo soberano, um território delimitado e uma população, os quais, passados pela verificação dos sujeitos internacionais (através do reconhecimento por parte dos outros Estados), constituem o Estado.

James Crawford, por sua vez, defende que o Estado consistiria em um *status* jurídico previsto pelo direito internacional, adquirido através de normas internacionais como o princípio da efetividade e da legalidade material da sua formação (desenvolvido especialmente no período após a Segunda Guerra Mundial), como o não uso da força e a observação do princípio da autodeterminação dos povos⁴⁴.

O uso da proposição *Estado segundo o direito internacional*, na doutrina italiana, significa que o Estado constitui, na verdade, uma mera situação de fato, da qual o direito internacional se limita a tomar nota, conectando a esta certas consequências jurídicas. A

⁴² DUGARD, *Op. Cit.*, p. 46.

⁴³ Cabe trazer um trecho da doutrina de ANZILOTTI, *Op. Cit.*, que esclarece bem seu ponto de vista: “*Consequenza logica del concetto del riconoscimento qui delineato, conformemente alla pratica internazionale, è che un medesimo Stato (presa la parola nel senso sociologico) può divenire persona in momenti diversi in confronto ai vari Stati, e quindi, ad un dato momento, essere pronta in confronto ad alcuni Stati nella realtà dei rapporti internazionali ed alla natura propria di quest’ordinamento. Né si vede cosa possa esservi di assurdo nel fatto che l’ indefinita variabilità dei diritti spettanti ad ogni subietto in confronto agli altri, arrivi, nel campo nostro, fino al punto che lo stesso entre sia investito di tutti i diritti in confronto ad alcuni e ne manchi completamente in confronto ad altri: è una semplice questione di grado, che le peculiari condizioni dell’ordinamento internazionale spingono fino ad un punto ignoto ormai agli ordinamenti interni. Non si esclude per questo che, avvenuto il riconoscimento da parte della grande maggioranza degli Stati o di quelli più direttamente interessati, il contegno degli altri, o il loro stesso silenzio, possa interpretarsi come tacita manifestazione della volontà di riconoscere anch’essi il nuovo Stato come membro della comunità internazionale: è una questione di fatto da risolversi caso per caso.*” pp. 158-159.

⁴⁴ CRAWFORD, *Op. Cit.*, pp. 1-37. No mesmo sentido se pode ressaltar a doutrina de BROWNLIE, *Principles*: “*It is sometimes stated that statehood is a question of fact, meaning that it is not a question of law. However, as lawyers are usually asking if an entity is a state with specific legal claim or function in view, it is pointless to confuse issues of law with the difficulties, which undoubtedly exist, of applying legal principles to the facts and of discovering the important facts in the first place. The criteria of statehood are laid down by the law.*” p. 69.

locução “*segundo o direito internacional*” deve ser adotada com cautela⁴⁵, sobretudo ao se constatar que não se pode deduzir o direito diretamente de um fato.

O cerne do problema da estatalidade no direito internacional encontra-se na ausência de um mecanismo centralizado e autoritativo de verificação e, por conseguinte, pela importante função desempenhada pelo reconhecimento proferido por outros Estados. De fato, todos os principais escritos sobre a problemática da condição de Estado são pré-orientados por alguma escolha de princípio (que leva a uma das teses discorridas *supra*), o que revela ao observador uma realidade profundamente fragmentária.

O ramo internacional relativo aos processos de formação dos Estados foi gradualmente submetido aos princípios da tutela da paz, dos direitos humanos, do respeito ao Estado de Direito, à democracia e ao princípio da autodeterminação dos povos. Por esse motivo, a criação, continuidade e extinção da personalidade jurídica de um Estado e a sua regulamentação não pode ser submetida meramente a processos políticos⁴⁶.

Para tanto, o processo de surgimento de Estados está sujeito também à aplicação de princípios jurídicos fundamentais da ordem internacional, como a proibição do uso da força e o respeito ao princípio da autodeterminação dos povos.

A afirmação de preceitos de legalidade internacional em matéria de subjetividade internacional do Estado incidiu também positivamente, de duas maneiras: seja no sentido de garantir que entidades territoriais ainda não dotadas de um governo efetivo pudessem ser classificadas como Estado, mas também ao promover a estatalidade de entidades territoriais cuja população era intitulada ao direito da autodeterminação.

A teoria constitutiva do reconhecimento não logrou a maioria dos seguidores na doutrina, cuja parcela contemporânea tende a aderir à tese declaratória. As tendências conceituais de fundo estão ainda presentes e, reitera-se, são resultado de uma *práxis* irregular, incapaz de gerar uma *opinio iuris* que seja seguida de forma homogênea pelos sujeitos internacionais.

⁴⁵ MILANO, *Op. Cit.*, p. 20.

⁴⁶ Exemplificando: um mecanismo jurídico que aceitasse que um Estado fosse criado e baseado em um sistema de *apartheid* ou que fosse proveniente de uma intervenção armada estrangeira não poderia nem ser considerado direito.

Em conclusão, nem as teses realistas (que se ligam mais à teoria declaratória) nem as teses antirrealistas (pano de fundo da teoria constitutiva) puderam estabelecer o *knock-out argument* capaz de fazer prevalecer uma sobre a outra. Pelo contrário, parece útil pôr em evidência tal dicotomia. Por fim, Milano esclarece que uma abordagem antirrealista revela-se mais em sintonia com a realidade do direito internacional contemporâneo e mais útil para compreender a função do direito internacional nos processos de formação do Estado⁴⁷.

1.2 A prática internacional diante do reconhecimento de novas entidades territoriais

Parte-se agora para a análise da prática internacional, em suas variadas formas, acerca da problemática do reconhecimento de novas entidades territoriais que desejam se tornar Estados com plena existência para o Direito Internacional. A análise, necessariamente, não se limitará ao reconhecimento por parte dos Estados preexistentes, mas também procurará entender como tribunais internacionais, organizações e convenções lidam com a temática – e como estas ajudam a cristalizar um entendimento suficientemente certo do que um novo Estado deve apresentar para poder se intitular dessa forma.

O primeiro instrumento analisado é o Relatório da Comissão de Juristas sobre as Ilhas Aaland. Mais especificamente, na seção do Relatório que lidou com a independência da Finlândia, mencionou-se dos vários reconhecimentos concedidos ao Estado finlandês, declarando que:

(...) esses fatos (os vários reconhecimentos concedidos à Finlândia) não suficientes para provar que a Finlândia, desse ponto em diante, tornou-se um Estado soberano. (...) por um considerável período de tempo, as condições requeridas para a formação do Estado soberano não existiram⁴⁸.

De fato, a Comissão de Juristas, mesmo aceitando o valor jurídico do reconhecimento como uma evidência, não considerou que o ato de reconhecer tem caráter conclusivo da existência de um Estado. Pelo contrário, a Comissão fez referência às “condições requeridas para a formação de um Estado soberano”.

⁴⁷ MILANO, *Op. Cit.*, p. 32-33, ressalvado que, neste caso, não se fala da tese constitutiva clássica (aquela defendida por Anzilotti ou Kelsen), e sim uma nova forma de teoria constitutiva, que abarque conceitos como o princípio da autodeterminação dos povos e a proibição do uso da força.

⁴⁸ *Aaland Islands, LNOJ, Sup. 4, 1920*: “(...) these facts (the various recognitions given to Finland) by themselves do not suffice to prove that Finland, from this time onward, became a sovereign State. (...) for a considerable amount of time, the conditions required for the formation of a sovereign State did not exist.”

Na mesma lógica, o Tribunal Arbitral Misto alemão-polonês afirmou, em referência à existência do novo Estado da Polônia, em 1929 que,

(...) de acordo com a opinião admitida pela grande maioria de estudiosos do direito internacional, o reconhecimento de um Estado não é constitutivo, mas meramente declaratório. O Estado existe por si só e o reconhecimento não é nada mais do que uma declaração de sua existência, reconhecida pelos Estados que o emanam.⁴⁹

Entretanto, essas duas decisões precederam o instrumento mais importante de definição dos critérios que um Estado deve possuir, bem como dos efeitos (ou da falta destes) do reconhecimento para a caracterização do Estado.

1.2.1 A Convenção de Montevideo sobre os Direitos e Deveres dos Estados (1933)

A Convenção de Montevideo, realizada em 1933⁵⁰ pela União Panamericana (antiga denominação da atual Organização dos Estados Americanos) na capital uruguaia, estabeleceu um marco importante na definição do que é um Estado para o direito internacional, bem como revelou expressivas considerações acerca do instituto do reconhecimento de Estados.

Logo em seu Artigo 1º, são já estabelecidas as qualificações necessárias para que uma entidade seja classificada como Estado, ou seja, um sujeito internacional, dotado de personalidade jurídica para atuar na vida pública internacional:

Artigo 1. O estado como sujeito de direito internacional deve ser dotado das seguintes qualificações: a) uma população permanente; b) um território definido; c) governo; e d) capacidade para entrar em relações com outros estados⁵¹.

Nesse trabalho, cabe verificar quais são os verdadeiros significados das definições que são trazidas pelo supracitado artigo da Convenção.

Uma *população permanente* exprime que um Estado é, acima de tudo, uma coletividade humana; uma população é a condição de sua existência. Como elemento

⁴⁹ *Deutsche Continental Gas-Gesellschaft vs. Polish State*, 5 ILR, 11, 13, 1929: “ (...) according to the opinion rightly admitted by the great majority of writers of international law, the recognition of a State is not constitutive but merely declaratory. The State exists by itself and the recognition is nothing else than a declaration of this existence, recognized by the States from which it emanates.”

⁵⁰ *Montevideo Convention on the Rights and Duties of States*, League of Nations Treaty Series, Vol. 165, 1933. pp. 20-43.

⁵¹ *Ibidem*, Art. 1. “The state as a person of international law should possess the following qualifications: a) a permanent population; b) a defined territory; c) government; and d) capacity to enter into relations with other states.”

constitutivo do Estado, significa a coletividade de indivíduos que são ligados a um ente governamental através de um vínculo jurídico (a nacionalidade atrelada ao Estado)⁵².

Este vínculo jurídico pressupõe que os nacionais não foram acidentalmente submetidos à autoridade soberana, mas sim que os mesmos desempenharam um papel imediato de legitimação daquele governo emergente⁵³.

Deve-se aludir, ainda, ao fato de que não existe no direito internacional consuetudinário um limiar de população necessário a um ente para obter a condição de Estado⁵⁴.

De igual forma, não pode existir Estado sem que haja um *território*. Possuir um território, por consequência, é condição prévia para que um *governo* exerça o conjunto de poderes reconhecidos às entidades soberanas pelo direito internacional sobre aquela porção de terra correspondente ao Estado⁵⁵.

É difícil delimitar alguma condição específica que prescreva a necessidade da posse de porções suficientes de terra. Da mesma forma, compreende-se que a ausência de fronteiras claramente delimitadas não impede que uma entidade venha a emergir como Estado para os efeitos do direito internacional, conforme foi atestado na sentença do caso *North Sea Continental Shelf*:

O pertencimento de uma dada área, considerada como uma entidade, de forma alguma é regulada pela delimitação precisa de suas fronteiras, não mais que a incerteza acerca do fato que fronteiras podem influenciar direitos territoriais. Não há, por exemplo, nenhuma regra que afirme que as fronteiras territoriais de um Estado devem ser plenamente delimitadas e definidas e, geralmente, em vários lugares e por longos períodos, elas não são⁵⁶.

⁵² Definição que consta em PELLET, Alain, QUOC DINH, Nguyen, DAILLIER, Patrick. *Direito Internacional Público*, 2ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2003. p. 419.

⁵³ Conforme ensina CRAVEN, Matthew. *Statehood, Self-Determination, and Recognition*. In: EVANS, Malcolm (Ed.). *International Law*, 3ª Ed. Oxford: Oxford University Press, 2010. pp. 221-222.

⁵⁴ TOUSCOZ, *Op. Cit.*, oferece uma definição de micro-Estados (ou *Estados exíguos*) como sendo “um conjunto de Estados que só têm em comum a sua pequenez; (...) estes micro-Estados têm por vezes competências reduzidas, a ponto de não se poder deixar de hesitar em lhes reconhecer a qualidade de Estado.” pp. 77-78.

⁵⁵ PELLET, *Op. Cit.*, p. 423.

⁵⁶ *North Sea Continental Shelf*, ICJ Reports, 1969: “The appurtenance of a given area, considered as an entity, in no way governs the precise delimitation of its boundaries, any more than uncertainty as to boundaries can affect territorial rights. There is for instance no rule that the land frontiers of a State must be fully delimited and defined, and often in various places and for long periods they are not”. p. 3.

Por outro lado, fronteiras não são somente linhas traçadas no solo, ou maneiras de delimitar esferas de jurisdição. Elas servem também para delimitar a vigência de uma ordem política e a sua separação em relação a outras. Deste modo, a afirmação de que a falta de fronteiras estabelecidas não traz nenhuma consequência para o direito internacional é difícil de sustentar⁵⁷.

O critério territorial assume, portanto, uma forma profundamente indeterminada na concepção jurídica da estatalidade, sendo um de seus requisitos indispensáveis, mas simultaneamente incapaz de ser articulado em uma forma concreta⁵⁸.

O terceiro requisito imposto pela Convenção de Montevideo diz respeito à necessidade de que o Estado em questão possua um *governo*. Pelo termo, contudo, deve-se entender que um Estado, para que seja considerado como tal pelo direito internacional, deve ser dotado de um governo que apresente certa efetividade – ou autoridade – sobre o território e a população em tese.

Assim, a necessidade da existência de um governo deve ser compreendida pela sua capacidade real de exercer as funções estatais, especialmente a manutenção da ordem e da segurança em caráter interno. Este é o crivo pelo qual devem passar os novos Estados que vêm a surgir na comunidade internacional: a efetividade do controle político e administrativo de uma entidade em um determinado território de certa população é preceito fundamental para que um ente possa ser considerado um Estado, de acordo com a teoria clássica de Montevideo⁵⁹.

A efetividade do governo é entendida como o seu poder para impor o monopólio do exercício da força dentro do território. O governo em questão deve ser capaz de demonstrar posse e controle inequívocos do poder público e, assim que essa autoridade se estabeleça com certa medida de permanência, uma entidade pode tornar-se um Estado⁶⁰.

⁵⁷ CRAVEN, *Op. Cit.*, p. 224.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ PELLET, *Op. Cit.*, pp. 428-429.

⁶⁰ CRAVEN, *Op. Cit.*, pp. 224-225

Alguns autores, reforçando esse argumento, defendem que a autoridade governamental de uma entidade é o critério mais importante para se definir o Estado, visto que todos os outros critérios dele dependem⁶¹.

O critério da efetividade governamental opera como um princípio internacional cujo efeito é condicionado por outros princípios relevantes, como o da autodeterminação dos povos, ou ainda a proibição do uso da força. Assim, mantém-se que em alguns contextos, entidades políticas relativamente efetivas – como a República Turca do Chipre Norte, ou a Rodésia do Sul – não vieram a ser reconhecidas como Estados independentes devido à violação de normas de direito internacional dotadas da condição de *jus cogens* na formação dessas entidades. Da mesma forma (surtindo o efeito contrário), o critério da efetividade governamental não possui tanta significância se a entidade em questão desfruta do direito à autodeterminação.

Compreende-se, assim, que a efetividade governamental age como princípio cujos parâmetros são determinados por outros institutos jurídicos e podem interagir com outros princípios fundamentais da ordem internacional, como a autodeterminação dos povos e a proibição do uso da força. É evidente, para não falar inevitável, que haja uma tensão entre princípios que permitam e que precluam a concessão do reconhecimento a novas entidades aspirantes ao *status* de Estado no direito internacional.

A necessidade de se demarcar objetivamente o momento no qual um Estado começa a existir juridicamente (por meio da aplicação do critério governamental) possui, atualmente, uma importância reduzida.

Por um lado, revela-se uma disposição cada vez maior de se reconhecer como Estados entidades que não são totalmente efetivas no seu âmbito governamental interno⁶².

O processo de descolonização indicou o momento em que a noção de soberania assumiu progressivamente um matiz negativo, levando ao reconhecimento de *quase-Estados* de acordo com os parâmetros clássicos. Esses Estados, ao invés de desenvolvidos

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² *Ibidem*, p. 228. “(...) one may recall in recent years for example, that both Bosnia-Herzegovina and Croatia were recognized by the EC as independent States in 1992 at a time at which the governments concerned had effective control over only a portion of the territory in question. (...) The most problematic cases are those of Bangladesh and Eritrea, the recognition of which could not easily be framed in terms of the standard understanding self-determination.”

anteriormente à independência, tiveram que se desenvolver *a posteriori*. O que se pôde notar foi a transformação da noção de independência de um conceito inerentemente material, baseado na autonomia governamental interna, no sentido de uma condição jurídica formal, atrelada fundamentalmente ao seu reconhecimento externo.

No seu Artigo 3º, nota-se uma importante contribuição para o estudo da matéria do reconhecimento de Estados:

Artigo 3. A existência política de um estado é independente de seu reconhecimento por parte dos outros estados. Mesmo antes do reconhecimento, o estado tem o direito de defender sua integridade e independência, de promover sua conservação e sua prosperidade, e consequentemente de se organizar à sua discrição, de legislar de acordo com seus interesses, administrar seus serviços e definir a jurisdição e competência das suas cortes. O exercício desses direitos não possui nenhuma outra limitação além do exercício dos direitos de outros estados de acordo com o direito internacional⁶³.

Por fim, seu Artigo 6º reforça a posição apresentada pelo Artigo 3º, concluindo que o reconhecimento possui, de fato, caráter meramente declaratório:

Artigo 6. O reconhecimento de um estado meramente significa que o estado reconhecedor aceita a personalidade do outro estado junto de todos os direitos e deveres arrojados pelo direito internacional. O reconhecimento é incondicional e irrevogável⁶⁴.

O *Institut de Droit International*, em resolução proferida em 1936 (ou seja, três anos após a conclusão da supracitada Convenção de Montevideo), confirma que o reconhecimento do Estado é um ato jurídico livre e discricionário:

Artigo 1: O reconhecimento de um novo Estado é o ato livre pelo qual um ou mais Estados admitem a existência, em um território definido, de uma sociedade humana organizada politicamente, independente de qualquer outro Estado pré-existente e capaz de respeitar as obrigações do direito internacional, e pelo qual estes Estados manifestam, portanto, sua intenção em considerá-lo um membro da Comunidade Internacional. O reconhecimento tem um efeito declaratório. A existência de um novo Estado, junto de todos

⁶³ *Montevideo Convention, Op. Cit.*, Art. 3.: “The political existence of the state is independent of recognition by the other states. Even before recognition the state has the right to defend its integrity and independence, to provide for its conservation and prosperity, and consequently to organize itself as it sees fit, to legislate upon its interests, administer its services, and to define the jurisdiction and competence of its courts. The exercise of these rights has no other limitation than the exercise of the rights of other states according to international law.”

⁶⁴ *Ibidem*, Art. 6.: “The recognition of a state merely signifies that the state which recognizes it accepts the personality of the other with all the rights and duties determined by international law. Recognition is unconditional and irrevocable.”

os efeitos jurídicos ligados a essa existência, não é afetada pela recusa em reconhecê-lo por um ou mais Estados⁶⁵.

A mera existência como Estado não oferece uma resposta conclusiva à questão da existência do Estado para o direito internacional, ou seja, como sujeito regular do sistema.

1.2.2 A Comissão Badinter (1991-1992)

Sobre matéria similar, a Comissão de Arbitragem estabelecida pela Comunidade Europeia para assessorar a Conferência Europeia de Paz sobre a Iugoslávia (conhecida internacionalmente como Comissão Badinter⁶⁶) foi categórica.

Em sua Opinião n. 1, em novembro de 1991, a Comissão declarou que a República Federativa Socialista da Iugoslávia se encontrava “em processo de dissolução⁶⁷”. Das nove Opiniões que sucederam, merece destaque a Opinião n. 8, que, em julho de 1992, declarou que a Iugoslávia “não mais existia⁶⁸”, bem como a derradeira Opinião n. 10, na mesma data, que afirmava que a República Federativa da Iugoslávia que emergia do processo de dissolução era “um novo Estado que não poderia ser considerado como o único sucessor à antiga Iugoslávia⁶⁹”. A *Comissão Badinter*, portanto, desempenhou uma função fundamental no esclarecimento da matéria do surgimento de novas repúblicas no contexto de fragmentação da antiga Iugoslávia. Ainda que as Opiniões tenham sido alvo de críticas, ao menos elas confirmaram que o reconhecimento era regido por princípios jurídicos⁷⁰.

1.2.3 Estados não reconhecidos pelo direito internacional

a) Manchukuo

⁶⁵ INSTITUTE DU DROIT INTERNATIONAL. *Resolutions concerning the recognition of new states and new governments*. Official Documents, Brussels: 1936. Article 1: “The recognition of a new State is the free act by which one or more States acknowledge the existence on a definite territory of a human society politically organized, independent of any other existing State, and capable of observing the obligations of international law, and by which they manifest therefore their intention to consider it a member of the International Community. Recognition has a declaratory effect. The existence of a new State with all the juridical effects which are attached to that existence is not affected by the refusal of recognition by one or more States.”

⁶⁶ A Comissão de Arbitragem da Conferência de Paz para a Iugoslávia ficou conhecida internacionalmente como *Comissão de Arbitragem Badinter*, ou mesmo *Comissão Badinter*, visto que o seu presidente era o jurista francês Robert Badinter.

⁶⁷ *Badinter Arbitration Commission*, ILM, 1991, Opinion n. 1: “The Committee finds that the SFRY is in the process of dissolution.” p. 1494.

⁶⁸ *Ibidem*, Opinion n. 8: “(...) the dissolution was complete and the SFRY no longer exists.” p. 1521.

⁶⁹ *Ibidem*, Opinion n. 10: “(...) the FRY is a new state that cannot be considered the sole successor to the SFRY; recognition of the FRY will be subject to the EC Guidelines.” p. 1525.

⁷⁰ DUGARD, *Op. Cit.*, p. 42.

No caso do território de Manchukuo (território em que historicamente existiu a província chinesa da Manchúria), que fora invadido militarmente pelo Japão na década de 1930 e permaneceu controlado por forças japonesas até o fim da 2ª Guerra Mundial⁷¹, tem-se que a entidade não poderia se configurar como um Estado devido justamente à falta de independência – interna e externa – do governo local, além da obtenção do poder por meio do uso da força.

O caso do território chinês revela que a mera existência de uma comunidade não pode acarretar na sua configuração como um Estado para o direito internacional. Desta forma, afirmar que uma entidade é um Estado somente porque *existe* não é satisfatório; a assertiva não avalia o grau de independência que a comunidade em questão possui, ou seja, não responde a pergunta: o Estado existe *independentemente* de outros Estados?

b) Rodésia do Sul

O caso da Rodésia do Sul é exemplo da atuação de outros critérios para a atribuição de personalidade jurídica a uma entidade estatal, a saber, o princípio da autodeterminação dos povos. Nesta situação, resoluções das Nações Unidas rejeitaram a validade da declaração unilateral de independência de 1965 do território, conclamando a comunidade internacional a não reconhecer a entidade recém-formada.

A antiga Rodésia do Sul satisfazia os critérios fáticos atribuídos a um novo Estado – possuía população permanente, território definido, governo autônomo e capacidade de se relacionar com outros Estados. Contudo, a ausência completa de reconhecimento pela comunidade internacional, as denúncias contundentes da ilegalidade de sua independência e a iminência de uma guerra civil induziram a opinião internacional em direção ao não reconhecimento da Rodésia do Sul como um Estado⁷².

⁷¹ LAUTERPACHT, *Op. Cit.*, p. 46 e nota 2.

⁷² SHAW, Malcolm. *International Law*, 6th Ed. New York: Cambridge University Press, 2008: “(...) the principle of self-determination may also be relevant as an additional criterion of statehood. [Rhodesia], UN resolutions denied the legal validity of the unilateral declaration of independence on 1965 and called upon member states not to recognize it. (...) a civil war ultimately resulted in its transformation into the recognized state of Zimbabwe. (...) satisfaction of the factual requirements of statehood (...) The evidence of complete non-recognition, the strenuous denunciations of its purported independence by the international community and the developing civil war militate strongly against this (...)”, p. 206. Posteriormente, uma guerra civil deu origem ao Estado internacionalmente reconhecido como Zimbábue: “(...) in the case of an entity seeking to become a state and accepted by the international community as being entitled to exercise the right of self-determination, it may

c) República Turca do Chipre do Norte (RTCN)

O caso da República Turca do Chipre do Norte também é revelador acerca da prática internacional em relação a entidades aspirantes ao posto de Estado. O Chipre do Norte⁷³ oficialmente obteve sua independência em 1983, após um cenário de instabilidade na ilha que perdurou pelos dez anos anteriores. O Conselho de Segurança das Nações Unidas adotou resoluções condenando a situação⁷⁴, demandando aos Estados que não reconhecessem a entidade ou a auxiliassem de alguma forma. Outros instrumentos internacionais⁷⁵ declararam que a prática evidenciava o amplo não reconhecimento do Chipre do Norte como Estado para os efeitos do direito internacional, comprovando que a única entidade governamental legítima na ilha mediterrânea permanecia sendo a República do Chipre.

Ademais, a própria dependência do Chipre do Norte em relação com a Turquia (seu “Estado-mãe”, de certa forma) torna inviável a reivindicação da entidade turco-cipriota. De todo modo, existe um governo paralelo na ilha, que permanece administrada por dois governos distintos exercendo autoridade perante as duas porções do território. Para todos os efeitos, trata-se de um ente não reconhecido internacionalmente como Estado⁷⁶.

A comunidade internacional, como se pôde observar, não considera como Estados (de modo quase unânime) entidades territoriais efetivas e independentes que tenham sido constituídas em virtude de graves violações do direito internacional – particularmente, o princípio da autodeterminação dos povos e da proibição do uso da força.

O surgimento de novos Estados na comunidade internacional em meados do século passado trouxe uma nova abordagem ao esquema que vinha sendo desenhado desde o estabelecimento dos critérios de Montevideo. O próprio processo de descolonização não

well be necessary to demonstrate that the internal requirements of the principle have not been offended. (...) systematic and institutionalized discrimination might invalidate a claim to statehood.” p. 207.

⁷³ O termo *Chipre do Norte* é internacionalmente aceito para descrever a região contestada, podendo também ser utilizada sua sigla em inglês, *TRNC – Turkish Republic of Northern Cyprus*.

⁷⁴ As seguintes resoluções foram adotadas pelo Conselho de Segurança da ONU, todas elas reforçando a soberania da República do Chipre sobre a plenitude do território da ilha, bem como condenando a mudança de regime pró-Turquia, que efetivamente dividiu a ilha: Resolução 353, *S/RES/353* (1974), Resolução 541, *S/RES/541* (1983) e Resolução 550, *S/RES/550* (1984).

⁷⁵ Conforme atesta o julgamento da Corte Europeia de Direitos Humanos: *ECHR, Cyprus vs. Turkey*, Application No. 25781/94, 120 ILR, p. 10.

⁷⁶ Posição clarificada por SHAW, *Op. Cit.*, pp. 235-236, bem como CRAWFORD, *Chance, Order, Change*, par. 231.

apresentou muitos problemas para a matéria. Na era da descolonização⁷⁷, tanto os Estados Unidos quanto a União Soviética não demonstraram hostilidade à causa, devido também ao fato de que, em um contexto de Guerra Fria, nenhuma das grandes potências queria arriscar a perda de um possível novo aliado ao questionar a condição de Estado de novas nações que emergiam.

Mesmo assim, nessa época, Estados constantemente deixavam de insistir na conformidade com um dos critérios de atribuição de estatalidade: o efetivo governo e a independência nos assuntos externos. Isso demonstra o princípio básico para o reconhecimento de Estados mudou. Hoje, a demonstração da capacidade de independência não é requerida de novos Estados. A mera certificação da existência de um novo Estado, a partir de uma transferência regular de soberania por parte de um Estado-metrópole para uma antiga colônia foi aceita, na maioria das vezes, sem questionamentos.

Com efeito, o princípio da autodeterminação foi interpretado como motivo de relaxamento das condições tradicionais para a obtenção da categoria de Estado. O apoio político a favor descolonização e a elevação do princípio da autodeterminação à norma predominante no seu contexto fez com que o reconhecimento perdesse lugar como uma das complicações frequentes nas relações entre Estados⁷⁸.

Não se trata da prática acerca do reconhecimento de Estados ter se tornado *pior*. É bem verdade que a prática recente da matéria “pôs fim a um período no qual a prática estatal foi relativamente consistente”; o reconhecimento de Estados no período de descolonização foi um “ponto fora da curva” na prática estatal geral, não sugerindo que o reconhecimento de Estados seria matéria transparente e inteiramente consolidada fora do contexto colonial.

O padrão de reconhecimento das repúblicas ex-iugoslavas no início da década de 90 foi marcado pela inconsistência. Contudo, um semblante de legalidade foi provido a este processo pelas Opiniões fornecidas pelo Comitê Arbitral comandado pelo jurista francês Robert Badinter, estabelecido pela antiga Comunidade Econômica Europeia em sua

⁷⁷ Para um estudo mais detalhado, ver seção 2.2 *infra*.

⁷⁸ DUGARD, *Op. Cit.*, p. 40. Também se salienta a observação de HIGGINS, Rosalyn. *The Development of International Law through the Political Organs of the United Nations*. Londres: Oxford University Press, 1963: “The problem is this: the traditional requirement of a stable and effective government in a territory claiming statehood runs counter to the developments in international law regarding a legal right of self-determination.” p. 23.

Conferência para a Iugoslávia, no final de 1991, o qual lidou com a matéria do reconhecimento (e suas consequências jurídicas) das repúblicas que surgiram da fragmentação do antigo território.

O enfoque internacional da fragmentação da ex-Iugoslávia, ainda que seja suscetível a críticas, não consente com a teoria constitutiva. A Corte Internacional de Justiça, ao lidar com o caso *Bosnian Genocide*, priorizou que o conceito de estatalidade (e todos os direitos e deveres que desta resultam) existe independentemente da vontade de outros Estados. Este resultado revela estar, portanto, em consonância com a teoria declaratória do reconhecimento de Estados: os direitos da Bósnia-Herzegovina eram oponíveis à Ex-República Iugoslava desde que a primeira tornou-se um Estado, de forma completamente livre em relação ao (não) reconhecimento por parte da antiga república da qual fazia parte⁷⁹.

O reconhecimento de Kosovo demonstrou, de igual maneira, um grau de inconsistência e arbitrariedade que fizeram emergir questões acerca do papel do direito internacional nos processos de reconhecimento – ou mesmo se o direito internacional tem qualquer função na apreciação do tema.

Duas circunstâncias particulares afloram quanto à questão. Primeiramente, a declaração de reconhecimento por parte dos Estados Unidos da América: atribuindo ao caso Kosovo um caráter *sui generis*, e que o seu reconhecimento não seria regido por normas internacionais⁸⁰. Em segundo lugar, ocorreu o silêncio da Corte Internacional da Justiça sobre o reconhecimento de Kosovo em seu Parecer Consultivo de 2010⁸¹. A Corte, naquela ocasião, decidiu responder a questão de forma restrita, limitada, evitando qualquer pronunciamento a respeito do reconhecimento da entidade.

A corrente declaratória do reconhecimento de Estados também possui suas imperfeições. Sua premissa é o preenchimento de certos critérios *objetivos* por parte da entidade aspirante. Esses critérios podem ser constatados objetivamente; contudo, a apreciação desses critérios e de sua realização ainda fica a cargo de cada Estado para decidir de forma subjetiva. Ademais, os critérios definidos pela Convenção de Montevideo para a

⁷⁹ *Bosnian Genocide Case*, ICJ Reports, 1996, pp. 595-613.

⁸⁰ Ver nota 279, *infra*.

⁸¹ *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, Advisory Opinion, ICJ Reports, 2010, p. 403. A Opinião Consultiva da Corte será esmiuçada na parte 3.2, *infra* deste trabalho.

definição de um Estado não são mais os únicos, ainda que não haja consenso acerca de quais sejam os novos requerimentos.

Na prática, os critérios da Convenção de Montevideo foram interpretados em detrimento de elementos de clareza ou ainda certeza. O requerimento do “governo” tem sido interpretado para significar “governo *efetivo*”, e mesmo esta última característica tem sido afrouxada, especialmente no tratamento dado a entidades que puderam exercer o direito à autodeterminação no contexto de descolonização da metade do século XX.

É difícil de afirmar, portanto, que os parâmetros da Convenção de Montevideo proporcionam um fundamento objetivo para o surgimento e a existência de um Estado.

Esses requerimentos não são mais concebidos como as únicas condições que um Estado deve atingir. Entidades pretendentes devem também se alicerçar em critérios como o respeito ao princípio da autodeterminação, às instituições democráticas e aos direitos humanos: são novas exigências que podem ser consideradas como critérios adicionais que um novo Estado deve satisfazer.

Noções de autodeterminação dos povos, regime democrático e respeito aos direitos humanos são considerados hoje como componentes necessários de um governo. Todavia, isso não significa que o requerimento de um governo *efetivo* tenha sido substituído por uma exigência de um governo *bom*.

Caso se considere que a violação do princípio de autodeterminação dos povos pode ser punida com o não reconhecimento por parte da comunidade internacional (ou de sua grande maioria), é difícil afirmar que a conformidade com o supracitado princípio não se tornou um critério adicional do estabelecimento de um Estado⁸².

A prática internacional direciona o debate a um meio termo entre as duas percepções teóricas. O ato do reconhecimento indica que o Estado considera que a entidade reconhecida adequou-se aos requisitos básicos estabelecidos pelo direito internacional como atributivos do caráter de Estado. A avaliação, contudo, é arraigada a valorações políticas, como se pode verificar pela declaração do representante norte-americano no Conselho de Segurança durante as discussões acerca da situação no Oriente Médio, em maio de 1948:

⁸² DUGARD, *Op. Cit.*, p. 51.

(seria) extremamente inapropriado admitir que qualquer país na Terra pode questionar a soberania dos Estados Unidos da América no exercício do altamente político ato de reconhecimento do status *de facto* de um estado. (Ademais,) não existe uma autoridade que poderia determinar a legalidade ou validade do ato proferido pelos Estados Unidos⁸³.

O Reino Unido, de outro lado, frequentemente inclinou-se a conceder o reconhecimento às entidades que cumpriam com o mínimo requerido pelo direito internacional para que fossem consideradas como um Estado.

No sentido político, o reconhecimento de Estados é constitutivo. O reconhecimento é evidência da aceitação, por parte da sociedade das nações, do seu novo *status* político. Isso não denota que o ato de reconhecimento é juridicamente constitutivo, visto que direitos e deveres não advém diretamente desta ação.

A prática internacional, todavia, aponta para a teoria declaratória como a mais adequada entre as duas.

Caso uma entidade, mesmo ao preencher os requisitos relacionados à criação do Estado, permanecesse completamente não reconhecida, isso claramente impediria o exercício dos direitos e deveres habitualmente vinculados ao Estado. Contudo, de um ponto de vista rigorosamente jurídico, isso não implicaria em um argumento decisivo contra sua estatalidade⁸⁴.

Por outro lado, a tese constitutiva não é totalmente desprovida de amparo na prática dos Estados. Ausente o reconhecimento, a nova entidade não teria a segurança necessária para afirmar-se na comunidade internacional; nesse sentido, o ato de reconhecimento tem papel de suma importância. O reconhecimento por um Estado equivale a uma declaração de como este entende a situação em tela, e tal avaliação o vinculará. Nesse sentido, o reconhecimento pode ser constitutivo, assim como a negativa do reconhecimento de uma nova entidade por uma grande maioria dará respaldo à ideia de que tal comunidade ainda não se conformou aos critérios determinados pelo direito internacional para que se configure um Estado.

⁸³ SHAW, *Op. Cit.*. Do original: “(...) *highly improper for one to admit that any country on earth can question the sovereignty of the United States of America in the exercise of the high political act of recognition of the de facto status of a state. Indeed, he added that there was no authority that could determine the legality or validity of that act of the United States.*” pp. 446-447; nota 7.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 447, e conforme se depreende da Carta da Organização dos Estados Americanos: “Article 9 (mais tarde, Artigo 12): “(...) *the political existence of the state is independent of recognition by other states. Even before being recognized the state has the right to defend its integrity and independence.*””

Essa controvérsia teórica revela as funções do reconhecimento e enfatiza o impacto que a prática estatal possui no desenvolvimento do direito internacional. O debate aponta para o caráter primordial do sistema: posicionado entre o Estado (e seus interesses) e a comunidade internacional.

A prática estatal revela que a teoria da obrigação de reconhecimento de Lauterpacht não foi adotada. É fato que poucos Estados aceitam que haja qualquer obrigação de conceder o reconhecimento em uma determinada situação⁸⁵.

1.3 A criação de um novo paradigma?

O grande debate acerca do caráter do reconhecimento de Estados não apenas deixou de esclarecer como serviu como mais um fator a confundir o entendimento da matéria.

Parte dos autores inclinou-se a considerar que o reconhecimento combina elementos declaratórios e constitutivos. Apesar disso, em um dado momento, uma escolha a respeito das duas teorias deve ser feita.

A típica visão constitutiva não deve ser aceita pelo direito internacional. Isso não implica que o reconhecimento não possui importantes efeitos jurídicos e políticos. O reconhecimento de um determinado Estado é uma forte evidência de seu *status* jurídico internacional. Em situações nas quais o reconhecimento é unânime (ou perto disso), pode ser conclusivo sobre sua personalidade jurídica.

Chega-se à conclusão que a condição de uma entidade postulante a Estado é, em princípio, independente do reconhecimento, apesar de que a apreciação dos elementos característicos de cada caso sugere que as diferenças entre as escolas constitutiva e

⁸⁵ A attitude dos Estados Unidos revela bastante sobre sua postura acerca do reconhecimento de Estados: “(...) *in the view of the United States, International law does not require a state to recognize another entity as a state; it is a matter for the judgement of each state whether an entity merits recognition as a state. In reaching this judgement, the United States has traditionally looked to the establishment of certain facts. These facts include effective control over a clearly defined territory and population; an organized governmental administration of that territory and a capacity to act effectively to conduct foreign relations and to fulfil international obligations. The United States has also taken into account whether the entity in question has attracted the recognition of the international community of states.*” DIGEST OF THE UNITED STATES PRACTICE IN INTERNATIONAL LAW (DUSPIL), 1976, pp. 19-20. Ainda nesse sentido (mas com menos ênfase no caráter volitivo do ato de reconhecimento), confira-se a prática britânica: “*The normal criteria which the government apply for recognition as a state are that it should have, and seem likely to continue to have, a clearly defined territory with a population, a government who are able of themselves to exercise effective control of that territory, and independence in their external relations. Other factors, including some United Nations resolutions, may also be relevant.*” 102 HOUSE OF COMMONS DEBATES, Column 977, Written Answer, 1986.

declaratória estão menos em voga do que se revela na teoria. A análise teórica denota que, no direito internacional e na prática dos Estados e cortes, existem critérios viáveis para a determinação de uma entidade como um Estado⁸⁶.

No caso do reconhecimento, a teoria não apenas fracassou em esclarecer a matéria como também criou uma “terceira via” que, como Ian Brownlie brilhantemente apontou, fica no ar “como a névoa em um dia ensolarado, entre o observador e os contornos do terreno que se está investigando⁸⁷”. As teorias acerca do reconhecimento de Estados, além disso, serviram como muleta para que os juristas que se debruçaram sobre o tema evitassem aplicar os métodos ordinários de análise jurídica da controvérsia.

As duas vertentes teóricas tendem a ficar na frente das questões e atingiram um papel quase “teológico”, como um viés de pensamento com validade própria.

O tratamento da questão, em termos de selecionar a teoria *preferida* ou *correta* do reconhecimento de Estados envolve por si só um estímulo a uma abordagem simplificada (ou simplista) da matéria, tendendo a desviar o observador da análise jurídica adequada⁸⁸.

Sem dúvida, as dificuldades do tema são rigorosas quando postas em comparação com outras áreas menos áridas do direito internacional. Foge da realidade esperar que normas e conceitos permitam ao jurista escapar da “teimosia” dos fatos e da influência de processos políticos. O papel da teoria, mesmo assim, parece não ter ajudado: o foco dos doutrinadores do reconhecimento de Estados acarretou uma falta de precisão na abordagem da vasta variedade de assuntos que delineiam o problema do reconhecimento. Acima de tudo, certa dose de cautela deve ser tomada na caracterização das questões. O presente estudo consiste em nada mais do que um chamado ao uso dos métodos ordinários de construção jurídica, como aqueles que se verifica no caso *Tinoco*⁸⁹.

Nenhuma das teorias que dominam a controvérsia doutrinária explica de forma satisfatória o surgimento de novos Estados.

⁸⁶ CRAWFORD, *Creation of States*, p.28.

⁸⁷ BROWNLIE, *Op. Cit.*: “In the case of recognition, theory has not only failed to enhance the subject but has created a *tertium quid* which stands, like a bank of fog on a still day, between the observer and the contours of the ground which calls for investigation. (...) the theories of recognition have not only failed to improve the quality of thought but have deflected lawyers from the application of ordinary methods of legal analysis.” p. 197.

⁸⁸ *Ibidem*, pp. 204-211.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 211.

A teoria constitutiva do reconhecimento de Estados confere absoluta autoridade aos Estados existentes para determinar qual entidade é (ou não é) um novo Estado. Há, evidentemente, uma necessidade de prevenir a prática arbitrária dos Estados, estabelecendo certas normas ao ato de reconhecimento.

A teoria declaratória do reconhecimento de Estados, por sua vez, confia em demasiado nos critérios atribuídos pela Convenção de Montevideo de 1933 – os quais, na prática, são caracterizados pela imprecisão, uma vez que sua aplicação é sempre sopesada pelos Estados já estabelecidos na ordem internacional. Além disso, pôde-se observar que novos critérios atributivos de personalidade jurídica são pouco a pouco introduzidos no direito internacional consuetudinário. Em complemento à crítica da tese declaratória, não se pode conceber um Estado que existe sem que haja nenhum reconhecimento por parte da comunidade internacional.

O que se pode concluir é que, em seu cerne, ambas as teses não levam em consideração um fator fundamental no entendimento da matéria: a prática dos Estados. O debate doutrinário entre *declarativistas* e *constitutivistas* sem dúvida confundiu ainda mais o problema do início da personalidade internacional do Estado.

Diante desta problemática, percebe-se a necessidade de uma teoria geral acerca do surgimento da personalidade jurídica do Estado, que contemple a prática internacional, tomando os devidos cuidados para que não seja inteiramente empírica. Internacionalistas que se debruçaram sobre a temática, como Hersch Lauterpacht e James Crawford, buscaram desenvolver teorias que almejavam conciliar ambas as posições. Contudo, qualquer tese que não abarque de forma significativa a prática estatal e das organizações internacionais (através, por exemplo, do instituto de admissão às Nações Unidas) seria insuficiente de um ponto de vista metodológico.

Os Estados, em sua maioria, costumam seguir os critérios estabelecidos pela Convenção de Montevideo na sua prática e política de reconhecimento de Estados. Ainda que se possa indagar a respeito das motivações políticas para tanto, a comunidade internacional *tende* a reconhecer como Estados as entidades que cumprem com os requisitos da Convenção, assim como *busca* garantir que considerações acerca o princípio da autodeterminação dos

povos, o respeito aos direitos humanos de instituições democráticas sejam cuidadosamente ponderadas.

Para os Estados, é o ato do reconhecimento que confirma e cria a personalidade jurídica do Estado. Sem que seja reconhecido, a entidade não existe como Estado, pelo menos diante dos Estados que não o reconheceram. Nesse sentido, o reconhecimento é constitutivo da personalidade jurídica internacional de um novo Estado.

Seria altamente improvável, em face de um processo de secessão, que este ocorra de maneira bem-sucedida sem que haja reconhecimento por parte da comunidade internacional. A tese declaratória, em uma situação como essa, não assiste o Estado aspirante.

É claro que um Estado desfruta de personalidade jurídica na opinião dos Estados reconhecedores. Mas, quantos Estados devem reconhecê-lo para que esse fato torne-se absoluto e oponível a todos? Kosovo é (plenamente) um Estado com pouco mais de 100 reconhecimentos, ou a Palestina é (plenamente) um Estado com mais de 130 reconhecimentos? Fica claro que números contam (evidenciado pela campanha pró-Kosovo); é nesse contexto que admissão como membro das Nações Unidas desempenha uma função vital.

Assim que uma entidade é admitida às Nações Unidas, passando pelo procedimento regular de ingresso – ao obter dois terços de aprovação pelos membros da Assembleia Geral e a recomendação do Conselho de Segurança –, o seu *status* de Estado é posto acima de qualquer dúvida⁹⁰.

O Estado é uma instituição de autoridade soberana, territorialmente delimitada, que possui personalidade jurídica internacional plena. O reconhecimento do Estado é, portanto, declaratório em sua natureza, mas pode possuir um efeito constitutivo no que tange o *status* da entidade em questão. O que se pode afirmar é que o reconhecimento não “cria” o Estado, já que tal ato pressupõe a *existência* do Estado em primeiro lugar.

Devido ao fato da aquisição da capacidade estatal não depender *juridicamente* do reconhecimento por outros Estados, afirma-se que o ponto chave para o surgimento do Estado

⁹⁰ DUGARD, *Op. Cit.*, pp. 57-58.

é a entidade satisfazer os critérios costumeiros do direito internacional para a definição do Estado⁹¹.

O ato do reconhecimento é, portanto, tão declaratório quanto é constitutivo. Antes do reconhecimento, a comunidade que ambiciona ser reconhecida como um Estado só será munido de direitos e deveres aos quais lhe foram concedidos expressamente.

A teoria proposta por Lauterpacht é uma tentativa inventiva de conciliar todos os elementos jurídicos em uma tese coerente. Contudo, ela ignora os aspectos e funções políticas do ato de reconhecimento, ou seja, o seu uso como um método de demonstrar – ou refutar – apoio a um governo ou comunidade em particular. Em vários casos, o reconhecimento é aplicado para demonstrar o grau de aprovação política de uma determinada situação. Ademais, se existiria um dever de conceder o reconhecimento, a entidade em questão teria o direito de demandar o reconhecimento em situações nas quais os Estados insistem em negá-lo⁹²?

A “Fórmula de Montevideo”, convencionalmente citada em situações de surgimento de novos Estados, enumera como critérios de atribuição da personalidade jurídica internacional: território definido, população permanente, governo estável e a capacidade de entrar em relações com outros Estados.

Esses critérios apresentam diversos defeitos: são imprecisos, tendenciosos e, de certa forma, circulares. Acima de tudo, verifica-se que são incompletos em três aspectos cruciais.

Primeiramente, não menciona a independência a respeito de outros Estados, que é fundamental para a atribuição de estatalidade a um ente territorial: “o critério definitivo para que um Estado exista”. Em segundo lugar, esses requisitos ignoram a função que o direito internacional desempenha, atribuindo ou evitando que se atribua a condição de Estado em certos casos. Por último, não aponta nenhuma orientação acerca do reconhecimento por outros

⁹¹ RAIČ, David. *Statehood and the Law of Self-Determination*. The Hague: Kluwer Law International, 2002, pp.38-39; MILANO, *Op. Cit.*, p. 26; GIOIA, *Op. Cit.*: “Una parte della dottrina, specialmente anglosassone, ritiene [...] che il diritto internazionale, come un qualsiasi ordinamento giuridico evoluto, contenga norme che stabiliscono autonomamente i requisiti per l’acquisito della soggettività internazionale da parte di un nuovo Stato e anche la giurisprudenza internazionale si è talvolta pronunciata in questo. (...) La disputa presenta una connotazione quasi esclusivamente teorica: sia che li configuri come condizioni di fatto che il diritto internazionale si limita a presupporre, sia che li si configuri, invece, come requisiti autonomamente stabiliti dal diritto internazionale, si tratta, comunque, di criteri che esprimono il tradizionale principio dell’effettività.” p. 127.

⁹² SHAW, *Op. Cit.*, p. 450.

Estados, não obstante o ato de reconhecimento seja inegavelmente essencial para a definição da condição de um ente estatal, independentemente da abordagem teórica que se adote⁹³.

Na realidade, a melhor corrente teórica do reconhecimento de Estados pode vir a ser nenhuma das apresentadas acima.

A teoria declaratória ignora a importância atribuída ao ato de reconhecimento na prática estatal – se o reconhecimento não importasse, Taiwan e Somaliland seriam considerados Estados. Pelo outro lado, de acordo com a teoria constitutiva, se o reconhecimento fosse decisivo para a atribuição de estatalidade, Kosovo e a Palestina seriam incontestavelmente Estados; contudo, ainda se debate sobre o status jurídico de ambos.

O que não se pode negar é que, de maneira evidente, o reconhecimento é um processo político, no qual um Estado avalia e decide unilateralmente se vai ou não reconhecer um novo Estado como tal e, dessa feita, entrar em relações políticas e reguladas pelo direito internacional com a entidade recém-reconhecida⁹⁴.

⁹³ CRAWFORD, *Chance, Order, Change*, par. 240.

⁹⁴ *Ibidem*, par. 241.

2. A ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS E SUA RELAÇÃO COM O RECONHECIMENTO DE ESTADOS

A Organização das Nações Unidas lista, como um de seus objetivos principais, no Artigo 1(2) da sua Carta, “o desenvolvimento de relações amistosas entre nações, baseado no princípio de igualdade de direitos e autodeterminação dos povos⁹⁵”.

O princípio da autodeterminação dos povos, entretanto, sofreu transfigurações ao longo do tempo, mudando de sentido e de propósito conforme o transcorrer da história, com fins de atender as demandas políticas e civilizacionais respectivas de cada período. Certamente, o conteúdo do conceito de autodeterminação de um povo em 1776, data da Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, é diverso – mas não completamente dissociado – daquele encontrado na Carta das Nações Unidas. Essas duas definições, separadas por quase dois séculos de distância, foram tomadas em contextos históricos diversos e atenderam a necessidades distintas.

Pode-se partir do pressuposto de que a autodeterminação como se a conhece em tempos atuais – não obstante a falta de clareza sobre alguns elementos – diz respeito a um conceito político, um ideal⁹⁶. Pode-se afirmar, ainda, que o sujeito titular do direito à autodeterminação é sempre um “povo”, entendido como coletividade humana identificada por estreitos laços culturais⁹⁷, e não uma entidade política, como é o Estado, o qual pode abrigar um ou vários povos em seu seio.

Para precisar o conteúdo, escopo e objetivo do princípio da autodeterminação dos povos, bem como a sua relação com o surgimento de Estados na comunidade internacional e seu subsequente reconhecimento, mister tecer algumas considerações históricas sobre a origem do princípio e como ele foi lentamente idealizado antes da formação da Organização das Nações Unidas.

⁹⁵ Carta das Nações Unidas, 1945, Artigo 1(2). Do original: “*The purposes of the United Nations are to develop friendly relations among nations based on respect for the principle of equal rights and self-determination of peoples, and to take other appropriate measures to strengthen universal peace.*” O termo “autodeterminação” é mencionado apenas mais uma vez no documento, no Artigo 55(c), incluído no capítulo referente à cooperação econômica e social. Contudo, suas raízes se alastram pelos outros setores da Carta, principalmente nos Capítulos XI (“*Declaration Regarding Non-Self-Governing Territories*”) e XII (“*International Trusteeship System*”).

⁹⁶ RAIC, *Op. Cit.*, p. 172.

⁹⁷ Nesse sentido, conferir KINGSBURY, Benedict. *Reconstructing Self-Determination: A Relational Approach*. In: AIKIO, Pekka, SCHEININ, Martin (Ed.). *Operationalizing the Right of Indigenous Peoples to Self-Determination*. Turku: Abo Akademi University, 2000. pp. 19-37.

2.1 O Princípio da Autodeterminação dos Povos nos debates de instituição da ONU

2.1.1 Contexto histórico: da Independência dos Estados Unidos da América e da Revolução Francesa até o início do Século XX

A emergência da conceituação moderna da ideia de autodeterminação advém, inicialmente, da recusa de comunidades a continuar aceitando a autoridade governamental imposta externamente, ou seja, “estranha” à concepção de tal povo. O repúdio ao poder exercido por uma *elite* ou por um grupo *estranho*, que determinava sua sorte e optava livremente qual seria seu *status* político, social, cultural e econômico manifestou-se, pela primeira vez, por ocasião da Declaração de Independência dos Estados Unidos da América⁹⁸ (revolta contra um poder *estranho*), em 1776, e na Revolução Francesa⁹⁹ (insurreição contra uma *elite*), em 1789.

A influência da percepção por trás desses acontecimentos históricos do século XVIII foi significativa para o desenvolvimento do conceito de autodeterminação; a ideia de que o povo é a fonte legitimadora do poder e que, por efeito, a autoridade do Estado deve se basear na *volonté générale* encontra correspondência com o conceito atual de autodeterminação dos povos¹⁰⁰. Observa-se, entretanto, que a força motriz de cada momento diverge sensivelmente, visto que, na época em estudo, a ideia de “autonomia” dizia respeito muito mais ao livre discernimento individual, em oposição ao conceito moderno de proteção dos direitos de um “povo”, uma coletividade humana¹⁰¹.

O século XIX (sua segunda metade, especificamente) testemunhou a crescente ideologia do nacionalismo, que se tornou “a principal expressão de resistência contra impérios multinacionais *artificiais*”¹⁰². Dentro da moldura ideológica fornecida pelo nacionalismo, o conceito individual de autodeterminação como um “corolário da democracia” como

⁹⁸ RAIC, *Op. Cit.*, p. 173.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 174. O assunto, que merece estudo minucioso, não será abordado em pormenores neste trabalho. Aqui, cabe apenas salientar que a Revolução foi enraizada nos conceitos político-filosóficos de Jean-Jacques Rousseau (que enfatizavam o discernimento individual e a autonomia ilimitada do indivíduo) e seu *contrat social*.

¹⁰⁰ CASSESE, Antonio. *Self-Determination of Peoples. A Legal Reappraisal*. Londres: Cambridge University Press, 1996. pp. 11-13.

¹⁰¹ RAIC, *Op. Cit.*, p. 175. O autor prossegue, esmiuçando que os ideais individualistas, advindos da teoria clássica do liberalismo, tangiam o ser humano individualizado e, particularmente, os direitos “clássicos” à vida, à liberdade e à propriedade.

¹⁰² *Ibidem*, p. 176. Do original: “(...) the ideology of nationalism became the principal expression of rebellion against ‘artificial’ multinational empires.”

anteriormente deflagrado, conforme preceitua Edward H. Carr, “modificou-se para um conceito da nacionalidade como um direito objetivo da personalidade jurídica”¹⁰³. De fato, a ênfase nacionalista – que tanto influenciou os acontecimentos do início do século XX – se configurou como outro fator importante a refletir na transmutação do conteúdo conceitual da autodeterminação.

2.1.2 A autodeterminação de Woodrow Wilson

Os ideais sustentados pelo 28º presidente americano Woodrow Wilson estão intrinsecamente conectados ao princípio da autodeterminação dos povos e de como se entende o seu conteúdo atualmente. Afinal, ele foi o primeiro a posicionar o debate nas relações internacionais, buscando dar-lhe fundamento fora de um mero contexto estatal. Para Wilson, a autodeterminação era resultado total da democracia, do governo “pelo povo e para o povo”¹⁰⁴. Um governo democrático, que respeitasse a autodeterminação de um povo, seria o único garantidor contra a opressão e o conflito, visto que esse povo escolheria livremente seu destino, controlando as ações do governo e o seu respeito aos direitos e interesses de tal povo¹⁰⁵.

Em janeiro de 1917, em pleno ápice da Guerra na Europa, o presidente Wilson estabeleceu os princípios pelos quais os países combatentes – mas também o mundo inteiro – deveriam se nortear na tentativa de reestabelecer a paz na região. Como exemplo, um desses princípios previa que

(...) nenhuma paz pode perdurar que não reconheça e aceite o princípio de que o poder dos governos deriva do consenso dos governados, e que nada permite passar povos de soberano a soberano como se fossem propriedade¹⁰⁶.

Seus famigerados *Quatorze Pontos*¹⁰⁷ eventualmente se tornaram a base do arranjo de paz pós-Guerra na Europa. Ainda que muito se diga que o presidente americano era um idealista,

¹⁰³ CARR, Edward H. citado por RAIC, *Op. Cit.*, p. 176, nota 23.

¹⁰⁴ RAIC, *Op. Cit.*, p. 177. Para o autor, remetendo à abordagem do historiador britânico Andrew Cobban, autodeterminação era “almost another word for popular sovereignty (...), for Wilson vox populi was vox dei”.

¹⁰⁵ MUSGRAVE, Thomas D. *Self-Determination and National Minorities*, Oxford: Clarendon Press, 1997. p. 22.

¹⁰⁶ RAIC, *Op. Cit.*. Do original: “(...) no peace can last, or ought to last, which does not recognize and accept the principle that governments derive all their just powers from the consent of the governed, and that no right anywhere exists to hand peoples about from sovereignty to sovereignty as if they were property.” pp. 178-179 e nota 34.

¹⁰⁷ *Our Documents – President Woodrow Wilson’s 14 Points (1918)*. Disponível em: <<http://www.ourdocuments.gov/doc.php?flash=true&doc=62>>.

que buscava a transformação do mundo de acordo com ideais democráticos, Wilson era um homem político que era muito ciente da *Realpolitik*: percebendo que a autodeterminação poderia ser uma ferramenta política vantajosa na reconfiguração do mosaico europeu, ele também bebeu da fonte ideológica do nacionalismo, defendendo a ideia de que impérios artificiais, produtos de conquista militar ou união dinástica, deveriam ser *fragmentados* em unidades *nacionais* menores e mais genuínas¹⁰⁸.

O desfecho inevitável da aplicação de suas ideias de *self-government* seria uma infinidade de pequenos Estados, o que consistia, de fato, em mais uma razão pela qual ele enfatizou a necessidade de criação de uma organização internacional cuja missão seria assegurar a integridade desses modestos entes em face de agressão externa¹⁰⁹.

Em síntese, a percepção de autodeterminação de Woodrow Wilson remonta aos ideais democráticos; a única forma política de governo na qual uma coletividade seria livre para determinar seu destino era a democracia. Deve-se solevar, porém, que Wilson não foi preciso em alguns aspectos da conceituação e aplicação do ideal em análise: sua abordagem não levou em conta o fato de que nem sempre é possível se definir em absoluto o *portador* do direito à autodeterminação – ou seja, o que constitui um *povo*?¹¹⁰; ainda, a formulação do conceito em termos sempre universais fez com que se sobrevalorizasse o efeito de algumas ideias contidas em suas manifestações, “gerando esperanças por toda a parte as quais ele não poderia realizar¹¹¹”. Mesmo assim, sua ideia de que cada coletividade teria o direito de estabelecer seu próprio Estado e de ser governado por instituições livremente escolhidas foi fundamental para a instituição do debate acerca do princípio da autodeterminação na futura modelagem da comunidade internacional.

¹⁰⁸ RAIC, *Op Cit.*, p. 181 e nota 44.

¹⁰⁹ BUCHHEIT, Lee C. *Secession: The Legitimacy of Self-Determination*. New Haven: Yale University Press, 1978. p. 114.

¹¹⁰ RAIC, *Op. Cit.*, p. 184.

¹¹¹ *Ibidem*. p. 184. O autor atesta que as suas palavras, bem ou mal interpretadas, foram ouvidas e ecoadas por diversos povos que reivindicaram naquela época o direito a definir seu próprio destino, como os armênios, ucranianos, romani (ciganos), judeus, persas e outros: “(...) *in practice he could not prevent the inconsistent application of the principle by the Peace Conference. In other words, Wilson had promised more than he could deliver at Paris. This, as was stated above, was a mistake since his words, so generally phrased, raised hopes in all corners of the world and consequently resulted in many minority groups being dissatisfied when they came to realize that they did not belong to the privileged category which was granted self-determination. (...) (he) later confessed that ‘when I gave utterance to those words, I said them without knowledge that nationalities existed, which are coming to us day after day (...). You do not know and cannot appreciate the anxieties that I have experienced as a result of many millions of people having their hopes raised by what I have said’.*”, p. 190 e nota 77.

2.1.3 O Entreguerras e a fundação da Organização das Nações Unidas

O estabelecimento de novos Estados na Europa no lugar das Potências Centrais (derrotadas na guerra) foi resultado apenas parcial das decisões tomadas na Conferência de Paz de Paris de 1919, que reuniu os Poderes Aliados, vitoriosos no desfecho do conflito. Mesmo antes da reunião de chefes de estado no *Château de Versailles* para discutir a nova disposição das fronteiras europeias, nacionalidades já formavam seus novos Estados – as diversas promessas de autonomia feitas pelos Aliados durante a guerra, como forma de desestabilização interna do inimigo, provou-se um importante fator a catalisar essas forças fragmentárias ¹¹².

Desta forma, nem todas as fronteiras delimitadas corresponderam a ideias dos países aliados, em particular as ideias norte-americanas. Interesses políticos, estratégicos e econômicos frequentemente prevaleceram sobre o conceito Wilsoniano de autodeterminação.¹¹³ O reajuste das fronteiras europeias com baseado na autodeterminação e na instauração de Estados-nações etnicamente homogêneos era “simplesmente impossível, mesmo que somente por problemas de natureza demográfica e cartográfica¹¹⁴”.

De maneira geral, pode-se afirmar que o alvo central do conceito de autodeterminação consistia em Estados ou impérios compostos de várias comunidades com algum grau de homogeneidade étnica que haviam desfrutado de algum grau de autonomia num passado recente, mas cujo *status* foi perdido por uma ulterior anexação ou conquista, como acontecera com os búlgaros, poloneses, sérvios e croatas¹¹⁵. Na prática, o conceito de autodeterminação se limitou às Potências Centrais derrotadas na Guerra; as coletividades cujo princípio se aplicou eram grupos étnicos – nações – politicamente conscientes, rotulados pela sua linguagem e cultura. Por essa razão, a “autodeterminação durante esse período histórico é

¹¹² *Ibidem*, p. 189. Quando as hostilidades oficialmente se encerraram em novembro de 1918, os três impérios do oriente europeu – Rússia, Turquia e o Austro-Húngaro – estavam em processo de desintegração.

¹¹³ *Ibidem*. Exemplificando o raciocínio, “*Communities which had been loyal to the Allied Powers, like the Yugo-Slavs, the Polish people, the Czechs and Slovaks and the Romanians, were permitted to form their own States, while other claims were ignored. On the other hand, from a very practical point of view, not all claims could be satisfied.*” p. 190.

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 193 e nota 92.

usualmente citada como *autodeterminação nacional*¹¹⁶”, ou seja, ligada a grupos representantes de uma nacionalidade definida.

O outro grande objetivo traçado pelo presidente Wilson – e praticado na Conferência de Paz de Paris – era a fundação de uma associação mundial de Estados, a saber, uma *Liga das Nações*, através da institucionalização de uma obrigação à cooperação para assistência e proteção mútua. Embora não haja nenhuma menção expressa ao princípio da autodeterminação no Acordo da Liga das Nações, é assente que sua formulação lógica esteve por trás do Sistema de Mandatos da Liga estabelecido pelo Artigo 22¹¹⁷.

Não resta dúvida, portanto, que no pós-Primeira Guerra o princípio da autodeterminação dos povos não se cristalizou na forma de uma obrigação consuetudinária de direito internacional. Somente após a instituição das Nações Unidas que houve essa modulação, inicialmente dentro do contexto de descolonização de territórios¹¹⁸.

Antonio Cassese explica que a inclusão do termo *autodeterminação* na Carta das Nações Unidas aconteceu primordialmente por pressão soviética¹¹⁹. Conforme já se viu no início deste capítulo, a menção ao princípio da autodeterminação dos povos se encontra logo no desvelar dos objetivos da organização, no Artigo 1(2); ainda que se refira a um “princípio” e não a um “direito”, a sua emergência no instrumento de instituição de uma organização internacional (que mais tarde se tornaria quase universal) foi um importante passo rumo à positivação do princípio da autodeterminação dos povos sob o direito internacional.

A doutrina diverge sobre a intenção dos arquitetos da Carta da ONU ao incluir o conceito de autodeterminação. A linguagem adotada na Carta difere daquela utilizada pelos presidentes americano e britânico na Carta do Atlântico. Rosalyn Higgins sugeriu que

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 193.

¹¹⁷ *Convenção da Liga das Nações*, Art. 22. Disponível em: <<http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?docid=3dd8b9854>>. Para maiores esclarecimentos acerca do Sistema de Mandatos da Liga das Nações, ver RAIC, *Op. Cit.*, pp.194-196 e notas 96-106.

¹¹⁸ Ver ponto 2.2 *infra*.

¹¹⁹ CASSESE, *Op. Cit.*, pp. 37-43, ressalva feita à Carta do Atlântico, na qual os Estados Unidos e o Reino Unido, ainda durante a Segunda Guerra, proclamaram o respeito ao aludido princípio. Na ocasião, o presidente americano Franklin D. Roosevelt e o primeiro-ministro britânico Winston Churchill declararam que “*they desire to see no territorial changes that do not accord with the freely expressed wishes of the people concerned (and that) they respect the right of all peoples to choose the form of government under which they will live; and wish to see sovereign rights and self-government restored to those who have been forcibly deprived of them.*”, conforme GOODRICH, Leland M., HAMBRO, Edvard. *Charter of the UN, Commentary and Documents*. Boston: World Peace Foundation, 1946. pp. 305-306.

(...) em cada uma, o contexto era claramente o direito dos povos de um Estado de serem protegidos de intervenção por outros Estados ou governos. É revisionismo ignorar a conexão entre ‘autodeterminação’ e ‘direitos iguais’ – e foram os direitos iguais de *Estados* que se almejou resguardar, não de indivíduos¹²⁰.

O que resta claro é que a Carta não delimitou o conteúdo do princípio da autodeterminação, bem como do termo *povos*. Somente por meio da atividade subsequente da organização, especialmente a adoção por parte da sua Assembleia Geral de resoluções, é que alguma iluminação foi dada ao conteúdo e sujeito dessa previsão legal, fundamentalmente no contexto de descolonização.

2.2 A práxis da ONU no período de descolonização (1947 – 1970)

Após a consolidação da ONU, houve uma demanda crescente por parte do bloco comunista, liderado pela União Soviética, no sentido de pressionar os Estados ocidentais a promover a descolonização de territórios ocupados na África e Ásia – no que foram prontamente apoiados pelos Estados afro-asiáticos preexistentes.

Ainda que não textualmente, o princípio da autodeterminação prevaleceu na construção dos Capítulos XI e XII da Carta¹²¹. Esses capítulos formaram a tela sobre a qual foi desenhada a transformação do princípio para um direito positivado no campo da descolonização nas primeiras duas décadas de existência da ONU¹²².

Até o ano de 1960, a Assembleia Geral da ONU adotou em profusão resoluções concernentes à afirmação de sua autoridade sobre os chamados *Non-Self-Governing Territories* listados pelos poderes coloniais como Territórios submetidos ao regime do Artigo 73(e) da Carta¹²³. A política adotada pela Organização com relação aos *Non-Self-Governing*

¹²⁰ HIGGINS, Rosalyn. *Postmodern Tribalism and the right to Secession, Comments*. In: BRÖLMANN, Catherine et al (Ed.). *Peoples and Minorities in International Law*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1993. p. 29. Do original: “(...) in each the context was clearly the rights of the peoples of one state to be protected from interference by other states or governments. It is revisionism to ignore the coupling of ‘self-determination’ with ‘equal rights’ – and it was the equal rights of states that was being provided for, not of individuals.” Contudo, sob a perspectiva de que a Segunda Guerra Mundial foi travada contra uma ideologia de conquista e superioridade racial, pode-se argumentar que o conceito possui um escopo maior, referindo-se à igualdade inerente entre povos (organizados ou não na forma de Estados) e os respectivos direitos a eles atrelados: ICJ, *Bosnian Genocide Case*, Opinião Dissidente, Juiz Kreca, p. 737.

¹²¹ Conforme nota 95 *supra*.

¹²² RAIC, *Op. Cit.*, pp. 201-202. Ainda sobre a descolonização, a literatura internacional é farta; remeta-se, brevemente a CASSESE, *Op. Cit.*, pp. 74- 89.

¹²³ Carta das Nações Unidas, Art. 73(e) (do original): “Members of the United Nations which have or assume responsibilities for the administration of territories whose peoples have not yet attained a full measure of self-government recognize the principle that the interest of the inhabitants of these territories are Paramount, and

Territories era de uma evolução gradual em direção à plena independência, que poderia variar de acordo com o território.

Já no início dos anos 1950, a política de desenvolvimento progressivo começa a ser pressionada em reuniões da Assembleia Geral, conforme se percebe do seguinte trecho:

Estados-Membros e as Nações Unidas, responsáveis pela administração dos *Non-Self-Governing and Trust Territories* devem adotar medidas práticas, pendente a consecução do direito à autodeterminação e em preparação para tanto, para garantir a participação direta das populações indígenas nos órgãos executivo e legislativo dos governos daqueles Territórios, e para prepará-los para a autonomia ou independência completa¹²⁴.

A Assembleia Geral, eventualmente, deixou de lado a política do “desenvolvimento progressivo” para assumir uma iniciativa de apoio imediato para que fosse concedida a independência a territórios não autônomos. Como bem observa o professor Robert H. Jackson, essa mudança drástica foi uma

(...) quebra do mosaico do direito internacional pré-guerras, que distinguiu de maneira atenuada entre europeus ou pessoas de descendência europeia e não-europeus: somente os primeiros eram inquestionavelmente intitulados à soberania. Os últimos eram considerados por não serem qualificados, pelo menos *prima facie*, e o ônus da prova recaía sobre eles mesmos para o justificarem em termos de padrões definidos pela civilização Ocidental¹²⁵.

accept as a sacred trust the obligation to promote to the utmost, within the system of international peace and security established by the present Charter, the well-being of the inhabitants of these territories, and, to this end: (...) to transmit regularly to the Secretary-General for information purposes, subject to such limitation as security and constitutional considerations may require, statistical and other information of a technical nature relating to economic, social, and educational conditions in the territories for which they are respectively responsible other than those territories to which Chapters XII and XIII apply.” Eram reconhecidos como potências coloniais os seguintes Estados: Austrália, Bélgica, Dinamarca, França, Nova Zelândia, os Países Baixos, o Reino Unido e os Estados Unidos. Em 1960, territórios espanhóis e portugueses foram adicionados à lista, a despeito do lobby do governo português em contrário. Acerca da conceituação do que é um *Non-Self-Governing Territory*, ela se assemelha muito com a definição clássica de *colônia*, um território geograficamente localizado fora da área metropolitana do Estado-metrópole, incorporado juridicamente ao território do último, habitado por uma população nativa que seja etnicamente distinta da população metropolitana e cujo relacionamento é de dominação por parte do Estado-metrópole: ver RANJEVA, R. *Peoples and Liberation Movements*. In: BEDJAOUI, Mohammed (Ed.). *International Law: Achievements and Prospects*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1991. Pp. 101-103.

¹²⁴ Ver UN Doc. A/RES/637 (VII), *The right of peoples and nations to self-determination*, 1952. Do original: “States Members of the United Nations responsible for the administration of Non-Self-Governing and Trust Territories shall take practical steps, pending the realization of the right of self-determination and in preparation thereof, to ensure the direct participation of the indigenous populations in the legislative and executive organs of government of those Territories, and to prepare them for complete self-government or independence.”

¹²⁵ JACKSON, Robert H. *Quasi-States: Sovereignty, International Relations, and the Third World*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990. Do original: “(...) (a breakup of) the prewar framework of international law which drew a sharp distinction between Europeans or people of European descent and non-Europeans: only the

Um dos fatores políticos que mais atuou na situação foi a insistência do bloco de países liderados pela União Soviética (especialmente os países do Leste Europeu, africanos e asiáticos), cujo desempenho provou-se de extrema importância para a aceleração do regime de descolonização¹²⁶, que culminou na adoção da tão celebrada Resolução 1514 (XV), em dezembro de 1960. A chamada *Declaração da Outorga de Independência a Países e Povos Coloniais*¹²⁷ é sem dúvida “a mais clara expressão da mudança revolucionária de política com relação a *Non-Self-Governing e Trust Territories*”¹²⁸ no âmbito das Nações Unidas. A título de exemplificação, a Resolução declara que

Todos os povos tem o direito à autodeterminação; em virtude desse direito, eles podem livremente determinar seu status político e perseguir seu desenvolvimento econômico, social e cultural¹²⁹.

Ato contínuo, a Assembleia Geral aprovou ainda a Resolução 1541 (XV), que estabelecia em seu texto três resultados possíveis que poderiam servir de baliza para que se verificasse se um território não autônomo atingira um grau completo de independência:

(a) Emergência como um Estado soberano independente; (b) Livre associação com um Estado independente; ou (c) Integração com um Estado independente¹³⁰.

Acerca dos termos utilizados pela Resolução 1541, nota-se que esse modo de implementação da autodeterminação por meio da consecução de uma das três opções é geralmente referido como autodeterminação *externa*, pois denota a indicação de um *status internacional* de um território ou povo, em oposição ao conceito de autodeterminação *interna*, a qual usualmente tem lugar nas relações entre o governo de um Estado e o povo do mesmo¹³¹.

former were unquestionably entitled to sovereign statehood. The latter were assumed not to be qualified at least prima facie, and the burden of proof was on them to justify it in terms of standards defined by Western civilization.” p. 16.

¹²⁶ RAIC, *Op. Cit.*, p. 204 e CASSESE, *Op. Cit.*, p. 71.

¹²⁷ UN Doc. A/RES/1514 (XV), 1960. *Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples*.

¹²⁸ RAIC, *Op. Cit.*, p. 204.

¹²⁹ Resolução 1514 (XV), *Op. Cit.*, Par. 2: “*The General Assembly declares that: (...) All peoples have the right to self-determination; by virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development.*”

¹³⁰ UN Doc. A/RES/1541 (XV). Do original: “*(a) Emergence as a sovereign independent State; (b) Free association with an independent State; or (c) Integration with an independent State.*”

¹³¹ RAIC, *Op. Cit.*, p. 205 e notas 147 e 148; POMERANCE, Michla. *Self-Determination in Law and Practice, The New Doctrine in the United Nations*. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1982, p. 37; CASSESE, *Op. Cit.*, p. 70. O autor italiano, especialista no tema da autodeterminação, explica que a distinção entre

Está sedimentado¹³² no direito internacional o entendimento de que o princípio da autodeterminação é um direito do qual todos os povos são titulares. Além de constar da Carta, o princípio foi reafirmado pela Resolução 1514, assim como pela Resolução 2625 (XXV) – a *Declaração dos Princípios de Direito Internacional sobre Relações Amistosas e Cooperação entre Estados de Acordo com a Carta das Nações Unidas*¹³³ – de 1970, que obrigava “os Estados a promover um rápido fim ao colonialismo, observando a vontade expressamente manifestada dos povos em questão”¹³⁴.

Para além, a autodeterminação dos povos foi reconhecida como uma *norma de direito internacional* no contexto de descolonização pela Corte Internacional de Justiça, na Opinião Consultiva acerca da Namíbia¹³⁵, em 1971, e no caso referente ao Saara Ocidental¹³⁶, em 1975. Os instrumentos trazidos à discussão atestam que o direito à autodeterminação “resultaria na independência de países coloniais, mas não afetaria a integridade territorial de Estados constituídos e recém independentes”¹³⁷.

Tais instrumentos normativos e pronunciamentos judiciais da Corte Internacional de Justiça não deixam dúvidas quanto ao seu reconhecimento do direito à autodeterminação. Entretanto, isso não resolve a questão da delimitação dessa garantia, deixando de abordar satisfatoriamente diversas questões que incidem sobre o tema, como uma descrição mais rigorosa do princípio¹³⁸. Por conseguinte, tal imprecisão gera debate no meio internacional

autodeterminação *interna* e *externa* é “frequentemente feita”, mas “nem sempre da maneira mais consistente”. Ele alega que um dos primeiros a utilizar-se dessa distinção foi o alemão Wilhelm Wengler, ainda em 1957 – ou seja, três anos antes da adoção da Resolução 1541 pela ONU.

¹³² A posição da doutrina não encontra vozes dissonantes acerca desse tema, conforme se percebe em DUGARD *Op. Cit.*, pp. 76-98, CRAWFORD, *Creation of States*, pp. 108-128, CASSESE, *Op. Cit.*, pp.333-334, PELLET, *Op. Cit.*, pp. 531-537 e RAIC, *Op.Cit.*, pp. 219-225.

¹³³ UN Doc. A/RES/2625 (XXV), 1970. *Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in Accordance with the Charter of the United Nations*. Do original: “By virtue of the principle of equal rights and self-determination of peoples enshrined in the Charter of the United Nations, all peoples have the right freely to determine, without external interference, their political status and to pursue their economic, social and cultural development, and every State has the duty to respect this right in accordance with the provisions of the Charter. (...) Every State has the duty to promote, through joint and separate action, realization of the principle of equal rights and self-determination of peoples, in accordance with the provisions of the Charter.”

¹³⁴ *Ibidem*. “Every State has a duty (...) to bring a speedy end to colonialism, having due regard to the freely expressed will of the peoples concerned.”

¹³⁵ *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, ICJ Reports, 1971. pp. 16-54.

¹³⁶ *Western Sahara, Advisory Opinion*, ICJ Reports, 1975. pp. 12-74.

¹³⁷ DUGARD, *Op. Cit.*, p. 80.

¹³⁸ Conforme POMERANCE *Op. Cit.*, pp.63-72.

sobre os vários aspectos desse direito, acarretando em interpretações que podem limitar o exercício da autodeterminação em determinadas situações¹³⁹.

2.2.1 Admissão de novos Estados às Nações Unidas

O exercício do direito à autodeterminação pode¹⁴⁰ acarretar no surgimento de um novo Estado na comunidade internacional.

O fato é que a admissão de um Estado recém-surgido à Organização das Nações Unidas reafirma o seu *status* jurídico internacional. A entrada nas Nações Unidas vem habitualmente substituindo (ou ao menos complementando) o processo de reconhecimento unilateral de novas entidades por parte dos Estados.

A admissão às Nações Unidas é o modo mais seguro e eficiente para se obter amplo reconhecimento da personalidade jurídica internacional de um novo Estado, bem delineado pelo ímpeto com que estes, sejam antigas colônias ou antigos membros de federações como a União Soviética ou a Iugoslávia Socialista, buscam solicitar para a entrada na organização internacional. A participação em tal organização é de suma importância também para unidades que praticaram a secessão do antigo território, tendo em conta que a entrada nas Nações Unidas evitaria qualquer dúvida acerca do desfecho positivo do desmembramento da entidade¹⁴¹.

Desta forma, não se consegue compreender o silêncio (ou a negativa) da maioria dos juristas contemporâneos, em face à adesão quase universal à ONU, em relação a aceitar que a admissão de um novo Estado à ONU seja equivalente ao seu reconhecimento *erga omnes*.

Atualmente, o interesse da comunidade é derradeiro no estudo das relações internacionais. Tal interesse requer uma lei comum do reconhecimento, que possa determinar quais são os sujeitos do direito internacional costumeiro, utilizando-se de meios coletivos para tanto.

¹³⁹ DUGARD, *Op. Cit.*, p. 79.

¹⁴⁰ O vocábulo *pode* é utilizado porque o respeito à autodeterminação de um povo não necessariamente implica na formação de um novo Estado; o território pode querer se manter sob domínio estrangeiro, ou se associar a outro Estado. Conforme esclarece POMERANCE, *Op. Cit.*: “(...) in innumerable (...) resolutions of the General Assembly, self-determination has been bracketed together with Independence – so much that it is popularly (and incorrectly) assumed that the terms are synonymous in theory or, at least, that they are so in UN practice.” pp. 25-28. A própria Resolução 1541 arrola a plena independência como um de três possíveis desfechos da execução do princípio da autodeterminação dos povos, junto da integração e da associação.

¹⁴¹ DUGARD, *Op. Cit.*, p.81.

A adesão às Nações Unidas (limitada, por tratado, apenas a Estados) tornou-se a prova cabal da condição de um Estado. Ao levarmos em conta que quase todas as comunidades com alguma reivindicação acerca de seu caráter estatal são membros da Organização, argumentar que a adesão à ONU não prova a capacidade jurídica do Estado pode ser uma tarefa árdua.

Somente em 1955, depois de um *package deal* entre as grandes potências, 16 novos Estados foram admitidos à Organização¹⁴².

Sobre o projeto de descolonização orquestrado pela ONU e o seu impacto no *status* jurídico das novas entidades que surgiram, é difícil acreditar que, sem o auxílio da Organização e sem a adesão a esta, as referidas entidades seriam recebidas internacionalmente como Estados. O critério para definir o que é um Estado foi indiscutivelmente amenizado pela ONU; contudo, atualmente, ninguém contesta de fato que todos os membros da Organização são Estados para todos os efeitos legais.

A Carta da ONU estabelecia uma organização universal dinâmica. Depois de duas décadas da Conferência de San Francisco, sem que houvesse emendas à Carta, pôde-se notar transformações fundamentais em alguns pontos: o princípio da autodeterminação dos povos foi reconhecido e efetivado como um direito, órgãos da ONU declaravam abertamente o direito à descolonização e, assim, os aspectos tradicionais de definição do Estado foram afrouxados, com vistas a acolher as comunidades descolonizadas como membros do Sistema ONU.

A Resolução 1514 permitiu que as Nações Unidas patrocinassem a célere criação de novos Estados independentes, com pouca preocupação em cumprir os critérios tradicionais de estatalidade. Essas ex-colônias libertadas, óbvia e rapidamente, tornar-se-iam Estados-membro da ONU.

Daí em diante, a ONU vivenciou um constante crescimento na sua adesão¹⁴³. Pouco se indagou acerca da personalidade jurídica dos novos candidatos à inclusão na Organização.

¹⁴² Os Estados admitidos às Nações Unidas através do *package deal* de 1955 foram: Albânia, Jordânia, Irlanda, Portugal, Hungria, Itália, Áustria, Romênia, Bulgária, Finlândia, Ceilão (o atual Sri Lanka), Nepal, Líbia, Camboja, Laos e Espanha. Para maiores detalhes, GRANT, Thomas. D. *Admission to the United Nations. Charter Article 4 and the rise of the International Organization*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2009. pp.86-95.

¹⁴³ A ONU possui atualmente 193 Estados-membros.

Estados que já eram membros, afinal, não hesitaram em jogar o mesmo jogo e aceitar essas novas entidades como Estados-membro da Organização¹⁴⁴.

2.3 A ONU e a autodeterminação dos povos pós-descolonização

O direito internacional contemporâneo reconhece, de fato, que o princípio da autodeterminação não se confina à esfera da descolonização. Vários são os instrumentos que ratificam essa visão¹⁴⁵; pode-se atestá-la a partir da análise das Convenções Internacionais de Direitos Civis e Políticos¹⁴⁶ e Direitos Econômicos, Sociais e Culturais¹⁴⁷, ambas possuindo exatamente o mesmo Artigo 1º (que repete os termos das Resoluções adotadas pela Assembleia Geral ao versar sobre o princípio¹⁴⁸, que declara que

Todos os povos tem o direito à autodeterminação. Em virtude desse direito, eles podem livremente determinar seu status político e perseguir seu desenvolvimento econômico, social e cultural.

Todos os povos podem, para seus próprios fins, dispor livremente da sua riqueza e recursos naturais sem prejuízo a nenhuma das obrigações que advêm da cooperação econômica internacional, baseada no princípio do benefício mútuo, e do direito internacional. Em nenhum caso um povo pode ser privado de seus próprios meios de subsistência.

Os Estados-Partes da presente Convenção, incluindo aqueles já responsáveis pela administração de Territórios Não-Autônomos e Tutelados, devem promover o cumprimento do direito à autodeterminação, e devem respeitar esse direito, em conformidade com as previsões da Carta das Nações Unidas¹⁴⁹.

¹⁴⁴ DUGARD, *Op. Cit.*, pp. 68-69; no mesmo sentido, confira-se CHEN, Ti-Chiang. *The International Law of Recognition: With Special Reference to Practice in Great Britain and the United States*. Londres: Stevens, 1951: “when the UN shall have attained complete universality, the notion of *recognition* will wither away, and membership of the UN will be the sole standard of relations between States.” “Unfortunately this blissful state has not yet been achieved. (...) The fate of such entities (...) ensures that unilateral recognition remains a crucial procedure for establishing or confirming the existence of States.” p. 222.

¹⁴⁵ *Final Act of the 1975 Conference on Security and Co-operation in Europe. The Helsinki Accords*. 14 ILM 1292 (1975); *European Community Guidelines on the Recognition of New States in Eastern Europe and the Soviet Union*, 62 BYIL 559 (1991); *European Community Declaration on Yugoslavia*, ILM Vol. 31, No. 6 (1992), pp. 1485-1487; *Vienna Declaration on Human Rights*, apoiada pela Resolução 48/121 da Assembleia Geral da ONU, 33 ILM 1661 (1993).

¹⁴⁶ ONU, *International Covenant on Civil and Political Rights, UNTS*, Vol. 999, p. 171 (1966).

¹⁴⁷ ONU, *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Vol. 993, p. 3 (1966).

¹⁴⁸ Ver nota 127 *supra*.

¹⁴⁹ Artigo 1 de ambas as Convenções. Do original: “All peoples have the right of self-determination. By virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development. All peoples may, for their own ends, freely dispose of their natural wealth and resources without prejudice to any obligations arising out of international economic co-operation, based upon the principle of mutual benefit, and international law. In no case may a people be deprived of its own means of subsistence. The States Parties to the present Covenant, including those having responsibility for the administration of Non-Self-Governing and Trust Territories, shall promote the realization of the right of self-determination, and shall respect that right, in conformity with the provisions of the Charter of the United Nations.”

De igual forma, o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas também adotou uma abordagem similar¹⁵⁰, reconhecendo a universalidade do direito à autodeterminação a todos os povos, sem limitar situações específicas para que essa prerrogativa seja verificada.

De fato, a partir do fim do período de descolonização de territórios historicamente ocupados, desenvolveu-se no costume internacional o conceito de que, ainda que tenha surgido em um momento histórico de descolonização no encalço da 2ª Guerra Mundial, o direito à autodeterminação dos povos claramente havia se modificado na era pós-colonial para uma faculdade a ser exercida por qualquer *povo*, em qualquer parte do mundo.

John Dugard esclarece, nesse sentido, que

Não há razão pela qual o direito à autodeterminação, tanto na sua forma interna quanto externa, deve se confinar a territórios não-autônomos ou ocupados. Os Artigos 1(2) e 55 da Carta das Nações Unidas não impõem tal restrição; assim como nenhuma resolução adotada pela Organização ou decisão proferida pela Corte Internacional de Justiça expressamente declarem isso. Ainda que a secessão possa ser moralmente mais convincente em casos de territórios coloniais ou ocupados, não já justificativa para excluir o exercício do direito em caso de povos oprimidos em Estados não coloniais, incluindo antigas colônias¹⁵¹.

Ainda que alguns Estados se agarrem à visão de que a autodeterminação (particularmente em seu viés externo) é restrita a territórios não autônomos e ocupados, essa perspectiva não é mais aceita pelo direito internacional de modo geral¹⁵². Povos, *latu sensu*,

¹⁵⁰ Nesse sentido, ver CRAWFORD, *Op. Cit.*, pp. 108-128; CASSESE, *Op. Cit.*, pp. 333-334; RAIC, *Op. Cit.*

¹⁵¹ DUGARD, *Op. Cit.*. Do original: “*There is no good reason why the right of self-determination, either in its internal or its external form, should be confined to non-self-governing and occupied territories. Articles 1(2) and 55 of the United Nations Charter do not impose this restriction; nor does any United Nations resolution or International Court of Justice decision expressly do so. While secession may be morally more compelling in the case of colonial and occupied territories, there can be no justification for excluding secession in the case of oppressed peoples in non-colonial States, including former colonies.*” p. 185. Também nessa esteira, BUCHHEIT, *Op. Cit.*. Do original: “*One searches in vain, however, for any principled justification of why a colonial people wishing to cast off the domination of its governors has every moral and legal right to do so, but a manifestly distinguishable minority which happens to find itself, pursuant to a paragraph in some medieval territorial settlement or through a fiat of cartographers, annexed to an independent State may forever remain without a scope of the principle of self-determination.*” p. 7.

¹⁵² Um exemplo dessa visão divergente pode ser analisada pela declaração do representante de Myanmar na Assembleia Geral, por ocasião dos debates que precederam a adoção da Resolução 2625 (XXV) citada *supra*: “*(...) the sum total of the experience gained by the United Nations in the implementation of the principle (of self-determination) had clearly and incontrovertibly established its meaning and its purpose, namely that it was relevant only to colonialism and was to be specifically applied in the promotion of the independence of peoples under colonial domination.*” ONU, doc. A/AC.125/SR.68, p. 8. Também no senso de confinar o princípio da autodeterminação a situações envolvendo colônias subordinadas juridicamente a um poder administrador externo, ver: TOMUSCHAT, Christian. *Yugoslavia's Damaged Sovereignty over the Province of Kosovo*. In:

têm o direito à autodeterminação, irrestrito ao status que lhes é concedido pelos países nos quais eles se encontrem – isso não automaticamente justifica a fragmentação dos Estados em que isso porventura aconteça, situação que deve ser determinada com respeito a outras normas e princípios internacionais¹⁵³.

2.3.1 Autodeterminação interna e externa

Como se pôde analisar no tópico anterior, a autodeterminação dos povos era, antes das Convenções de Direitos Humanos de 1966¹⁵⁴, evocada exclusivamente no contexto da descolonização; a ênfase, portanto, era dada ao caráter externo do princípio, como forma de se verificar sua aplicação em casos de territórios que não eram independentes de suas metrópoles coloniais.

Na doutrina e na prática internacionais, tornou-se comum a referência às noções de autodeterminação *interna* e *externa*¹⁵⁵, especialmente no que tange a aplicação do princípio além do alcance da descolonização.

As Convenções de Direitos Humanos de 1966 consistiram no ponto de virada do debate. Mesmo que a Carta da ONU, as Convenções de 1966 ou quaisquer outros instrumentos que abordaram a temática não diferenciasssem entre os caracteres externo e interno da autodeterminação, essa distinção tornou-se o atributo medular do princípio e de seus desdobramentos¹⁵⁶. A autodeterminação externa permaneceu a forma predileta da aplicação do princípio a territórios não autônomos, mas, desta vez, a autodeterminação de cunho interno começa a ser requisitada por povos dentro de Estados já independentes.

KREIJEN, Gerard *et al.* (Ed.) *State, Sovereignty and International Governance*. New York: Oxford University Press, 2002.

¹⁵³ CRAWFORD, *Op. Cit.*, p. 126 sugere, acerca dessa questão em particular, que povos que são acometidos por qualquer forma de opressão de caráter étnico (como aconteceu em Kosovo, e também nas outras ex-repúblicas iugoslavas) podem ser equiparados a unidades não autônomas ou ocupadas, justificando, por conseguinte, seu direito à autodeterminação externa. Essa visão é rechaçada por DUGARD, *Op. Cit.*, p. 85, que explica que situações como a referida consistiriam na “criação de uma ficção jurídica”, às quais se devem recorrer apenas em última instância; isso não seria necessário, pois, em sua análise, “(...) *as contemporary law does not restrict external self-determination to the peoples of non-self-governing and occupied territories*”.

¹⁵⁴ Conforme notas 146 e 147 *supra*.

¹⁵⁵ RAIC, *Op. Cit.*, p. 227, alerta que, as noções de autodeterminação *interna* e *externa* não devem ser entendidas como representantes de *direitos distintos* à autodeterminação. Pelo contrário, o principal objetivo da distinção é aludir aos diferentes modos de *aplicação* do princípio. Assim, o *direito* (único) de autodeterminação dos povos seria implementado *interna* ou *externamente*.

¹⁵⁶ DUGARD, *Op. Cit.*, p. 86.

Mesmo que se verifique uma falta de clareza acerca do preciso significado de “autodeterminação interna”, é amplamente aceito que o conceito abrange o direito do povo em estudo de escolher democraticamente o governo daquele Estado em que se encontra, assim como o direito a participar em um governo que represente a plenitude do(s) povo(s) em seu território, que confira igualdade de direitos e que respeite e proteja os direitos humanos de todos os indivíduos submetidos à sua autoridade.

Um exemplo histórico em que as Nações Unidas tiveram que, fora do clássico contexto colonial, lidar com um cenário em que o direito à autodeterminação não era respeitado se apresentou na África do Sul, em seu regime de *apartheid*. A África do Sul, claramente, não era um poder colonial; o *apartheid*, por sua vez, não submetia uma minoria étnica à autoridade de um Estado, e sim uma maioria populacional (negra) a uma elite, que consistia a minoria (de origem europeia).

Nesse caso, a noção de autodeterminação interna ofereceu uma legitimação mais sólida para o ataque ao sistema político sul-africano, visto que o

(...) *apartheid* impediu o direito da maioria negra de determinar livremente seu status político através da representação no governo da África do Sul e de participação em seus processos políticos decisórios sem discriminação¹⁵⁷.

Ademais, agências de monitoramento de direitos humanos, desde 1976 (ano em que as Convenções de Direitos Humanos de 1966 entraram plenamente em vigor), exigem que os Estados informem o andamento das medidas de realização do direito de autodeterminação interna, no âmbito de seus territórios. A ex-juíza da Corte Internacional de Justiça Rosalyn Higgins, que serviu ao Comitê de Direitos Humanos da ONU de 1985 a 1995, assevera que o Comitê solicita aos Estados signatários da Convenção de Direitos Civis e Políticos

(...) não apenas acerca de dependências que um Estado-parte possa ser responsável (pela autodeterminação externa), mas também sobre as oportunidades que essa população possui de escolher seu próprio sistema político e econômico (autodeterminação interna). Virtualmente nenhum Estado se nega a responder a inquirição sobre a autodeterminação interna, e não é declarado ao Comitê que tal direito não exista. Pelo contrário, aceita-se que existe o direito, e o

¹⁵⁷ RAIC, *Op. Cit.*. Do original: “(...) the apartheid denied the right of the black majority to freely determine its political status through representation in the government of South Africa and participation in its political decision-making processes without discrimination.” pp. 138-139.

debate é frequentemente sobre as formas pelas quais esse direito pode se manifestar¹⁵⁸.

De um modo geral, a prática da ONU¹⁵⁹ aponta também para o reconhecimento do aspecto interno do princípio da autodeterminação, mesmo em casos emblemáticos (e inéditos) como o regime de *apartheid* instituído pelo governo da África do Sul em seu tratamento da maioria negra, “uma situação que só poderia ser revertida através do estabelecimento de uma sociedade democrática não-racial¹⁶⁰”. A implantação da autodeterminação dos povos em seu caráter interno, para além de situações em que o caráter colonial ainda se encontrava fortemente arraigado, também pôde ser conferida na primeira percepção de instabilidade da antiga Iugoslávia, a partir da Declaração¹⁶¹ proferida pela Comunidade Europeia com respeito à crise na região, em um tempo em que os Estados-membros da organização ainda buscavam encontrar uma solução para o problema com base na manutenção das fronteiras externas da antiga nação.

O princípio da autodeterminação dos povos foi alçado pela Corte Internacional de Justiça a um novo patamar em 1995, quando da apreciação do caso Timor Leste¹⁶², no qual os juízes da Corte atestaram o seu status diferenciado “como um dos princípios essenciais do direito internacional contemporâneo”, afirmando que o mesmo possui caráter *erga omnes* – posição confirmada pela Opinião Consultiva do Muro entre Israel e Palestina proferida em 2004¹⁶³.

Contudo, cabe ressaltar também a posição da Suprema Corte do Canadá, ao tratar da possível secessão da província do Québec, situação na qual o mais alto órgão jurisdicional

¹⁵⁸ HIGGINS, Rosalyn. *Problems and Process. International Law And How We Use It*. Oxford, Clarendon Press, 1994. Do original: “(...) not only about any dependent territories that such a state party may be responsible for (external self-determination) but also about the opportunities that its own population has to determine its own political and economic system (internal self-determination). Virtually no States refuse to respond to probing comments and questions on internal self-determination, and the Committee is not told that no such right exists. Rather, it is accepted that the right exists, and the debate most frequently is about the forms that it can take.” p. 116.

¹⁵⁹ RAIC, *Op. Cit.*, p. 231, nota 17.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 236.

¹⁶¹ *Declaration on Yugoslavia*, ver nota 145: “(...) the community and its member States call for a dialogue without preconditions between all parties on the future of Yugoslavia, which should be based on the principles enshrined in the Helsinki Final Act and the Paris Charter for a New Europe, in particular respect for human rights, including rights of minorities and the right of peoples to self-determination in conformity with the Charter of the United Nations and with the relevant norms of international law, including those relating to territorial integrity of States.”

¹⁶² *East Timor (Portugal vs. Australia)*, Judgment, ICJ Reports, 1995. pp. 90-106.

¹⁶³ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion*, ICJ Reports, 2004. pp. 136-203.

canadense enfatizou o aspecto interno da autodeterminação, particularmente com respeito a situações não coloniais. Na visão da Suprema Corte,

(...) as fontes reconhecidas do direito internacional determinam que o direito à autodeterminação é normalmente verificado através da autodeterminação interna – a busca de um povo pelo seu desenvolvimento político, econômico, social e cultural no âmbito de um Estado¹⁶⁴.

Diante dos argumentos chamados à análise, pode-se concluir que o princípio da autodeterminação tem caráter duradouro; ou seja, ele extrapolou o contexto da descolonização no qual originalmente era aplicado. Esse caráter continuativo da autodeterminação dos povos é refletido principalmente – mas não necessariamente – na dimensão interna do princípio.

Também resta claro que a autodeterminação não é “equivalente à criação de um novo Estado, uma opinião ainda difundida em alguns círculos internacionais que possui efeito extremamente negativo na implantação do princípio da autodeterminação no âmbito de Estados preexistentes¹⁶⁵”. O temor de que reconhecer subgrupos populacionais acarretaria em reivindicações separatistas leva os Estados a ignorarem as demandas pela autodeterminação interna dos povos dentro das suas fronteiras; isso leva frequentemente a situações em que tais coletividades mudam suas reivindicações, de um maior grau de autodeterminação interna para o reconhecimento desse direito em seu caráter externo, resultando numa reação em cadeia que, invariavelmente, leva ao uso da força por ambas as partes.

No caso de Kosovo¹⁶⁶, os procedimentos anteriores à derradeira manifestação da Corte revelaram que o debate também se circunscrevia à situação em questão, conforme se constata pela declaração submetida pela República da Sérvia, que insistia que a “autodeterminação, no caso de Estados já independentes, deveria ser respeitada no seu caráter interno¹⁶⁷”. Verifica-se

¹⁶⁴ *Reference re Secession of Québec*, Suprema Corte do Canadá, ILM, Vol. 37, 1998, p. 1371. Do original: “(...) the recognized sources of International law establish that the right to self-determination is normally fulfilled through internal self-determination – a people’s pursuit of its political, economic, social and cultural Development within the framework of an existing state.” Ainda sobre o tema da secessão da província canadense, ver PELLET, Alain. *Legal Opinion on Certain Questions of International Law Raised by Reference*. In: BAYEFSKY, Anne F. (Ed.) *Self-Determination and International Law. Quebec and Lessons Learned*. Boston: Kluwer Law International, 2000. pp. 85-123.

¹⁶⁵ RAIC, *Op. Cit.* Do original: “(...) is not equal to ‘the creation of a State’, which is a standpoint still heard in some quarters and which has an extremely negative effect on the implementation of self-determination within existing States.” p. 306.

¹⁶⁶ A Opinião Consultiva proferida pela CIJ será tratada no Capítulo 3, e particularmente destrinchada nas seções 3.2 e 3.3.

¹⁶⁷ *Kosovo Advisory Opinion*, Written Statement of Serbia: “International law recognizes the right of self-determination with regard to peoples within independent States as meaning the right of such peoples to

o mesmo ponto de vista sobre a análise da declaração submetida pelo governo russo, que argumentou que a “autodeterminação interna é de fato preferida o mundo pós-colonial¹⁶⁸”.

Percebe-se que a aplicação do princípio da autodeterminação em sua feição interna é a forma “preferida” em detrimento do seu cunho externo, que poderia levar à fragmentação de Estados através de movimentos separatistas. Contudo, e reiterando os questionamentos de Dugard acerca do imbróglio territorial acontecido em Kosovo, como se poderiam aplicar esses preceitos se o direito à autodeterminação não é verificado no âmbito do Estado (fora do contexto colonial) – ou, contextualizando a indagação ao problema aqui analisado, qual seria a solução, sob o ponto de vista do direito internacional, à violação dos direitos básicos da população kosovar por uma autoridade governamental¹⁶⁹?

participate in the governance of such States and generally to benefit from the collective expression of relevant human rights but strictly and solely within the territorial framework of the State in question.” p. 202.

¹⁶⁸ *Kosovo Advisory Opinion*, Written Statement of Russia, p. 30.

¹⁶⁹ Esses questionamentos, ainda que não exaustivamente solucionados, serão abarcados na seção 3.3, *infra*.

3. A GÊNESE DA REPÚBLICA DO KOSOVO E SUAS CONSEQUÊNCIAS PARA O DIREITO INTERNACIONAL

A República de Kosovo é atualmente reconhecida por mais de cem Estados da comunidade internacional¹⁷⁰.

Contudo, o status do território kosovar sempre foi pleno de incertezas, e pode-se afirmar que Kosovo (juntamente da Palestina) é, atualmente, a situação de litígio territorial mais controversa na ótica do direito internacional.

Para entender a razão pela qual se discute acerca do status jurídico da República de Kosovo, faz-se necessário contextualizar o problema, iniciando pelos principais aspectos históricos que o circundam. Deve-se discorrer, principalmente, sobre as origens do conflito que subsequentemente deu causa à Declaração Unilateral de Independência de Kosovo de 2008¹⁷¹, perpassando o período em que a região ficou sob tutela do Conselho de Segurança das Nações Unidas¹⁷², e a sua condição perante a comunidade internacional pós-Parecer Consultivo da Corte Internacional de Justiça de 2010¹⁷³.

3.1 O contexto histórico: a fragmentação da antiga Iugoslávia

3.1.1 Início do século XX até a ruptura da República Socialista Federativa da Iugoslávia

Antes de tudo, cumpre analisar o contexto histórico no qual o atual território de Kosovo se insere, remontando aos principais eventos que, especialmente nos últimos cem anos, demarcaram suas fronteiras, estabeleceram sua população e ajudaram a instituir sua forma de governo.

Assim como em tantas outras controvérsias, a região do Kosovo é afetada por reivindicações históricas que, inevitavelmente, não se compatibilizam entre si.

Ao passo que a população albanesa sustenta que seus direitos sobre o território se fundamentam na sua presença milenar na região (remontando-se aos antigos povos ilírios), o

¹⁷⁰ A República de Kosovo é atualmente reconhecida, de forma oficial, por 111 países. Disponível em <<http://kosovothanksyou.com/>>.

¹⁷¹ *Republic of Kosovo Assembly, Kosovo Declaration of Independence*. 2008. Disponível em: <<http://www.assembly-kosova.org/?cid=2,128,1635>>. A Declaração será estudada com detalhes no ponto 3.2 *infra*.

¹⁷² UN Doc. S/RES/1244 (1999).

¹⁷³ *Kosovo Advisory Opinion, Op. Cit.*

lado sérvio considera a porção de terra como sendo o coração do seu império medieval, consistindo no seu berço cultural e também religioso¹⁷⁴.

Contudo, o território correspondente ao que hoje se compreende como Kosovo teve sua delimitação mais significativa no início do século XX, a partir da Primeira Guerra dos Balcãs (1912 – 1913), que contrapôs a Liga Balcânica com o Império Otomano. Um dos resultados do conflito foi a criação de um Estado para o povo albanês – no território em que hoje se encontra a Albânia¹⁷⁵ –, sob protestos dos sérvios¹⁷⁶. A contrapartida dessa decisão foi conceder o poder do que contemporaneamente se entende por Kosovo aos reinos de Sérvia e Montenegro. Para a população sérvia que habitava a localidade, a mudança no poder decretou o fim de séculos de dominação otomana, enquanto que, para os albaneses do local (habitantes em maioria), simplesmente significou um “dominador diferente”¹⁷⁷.

O período que compreendeu a Primeira Guerra, o entre guerras e a Segunda Guerra Mundial foi marcado, como esperado, por uma acentuada instabilidade na região, seja no plano político (sob qual comando se encontrava o território) como no plano demográfico (qual era o povo que habitava Kosovo)¹⁷⁸. Neste momento, cabe ressaltar que, após a Segunda Guerra Mundial, no período em que a República Federativa Popular da Iugoslávia foi instituída (como sucessora do Reino da Iugoslávia), Kosovo foi reincorporado às terras iugoslavas, como uma região autônoma¹⁷⁹; ademais, as suas fronteiras foram delimitadas como hoje se as conhece.

O status de Kosovo nessa época era, como seu nome oficial revela, o de *Província Autônoma*, sub-rogada dentro do território da República da Sérvia, parte integrante da federação iugoslava. O território possuía autonomia administrativa, mas não era reconhecido como “um Estado dentro de um Estado”, e sim como composto por uma diferente “nacionalidade”; em outros termos, uma minoria nacional¹⁸⁰.

¹⁷⁴ KER-LINDSAY, James. *Kosovo. The Path to Contested Statehood in the Balkans*. New York: I. B. Tauris, 2009. p. 8.

¹⁷⁵ *Ibidem*.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 8-9. Para além, ver MALCOLM, Noel. *Kosovo: A Short History*, 2nd Ed.. London: Pan Books, 2002.

¹⁷⁷ KER-LINDSAY, *Op. Cit.*, p. 9.

¹⁷⁸ *Ibidem*.

¹⁷⁹ *Ibidem*; MALCOLM, *Op. Cit.*, pp. 282-286.

¹⁸⁰ Assim como habitavam na região albaneses, húngaros, eslovacos e até italianos, os kosovares não eram tratados diferentemente das pessoas dessas etnias.

Os albaneses kosovares permaneceram na busca do reconhecimento do seu status singular, alegando diferenças culturais irreconciliáveis com a condição de uma *Província Autônoma* – idioma e religião diversa são os exemplos mais evidentes da discrepância entre os dois povos – em detrimento da categorização como uma República independente.

As tensões se amplificaram na década de 1980, na qual o regime socialista mostrava os primeiros sinais de que não mais perduraria. A apreensão era tamanha que ocasionou um pequeno “êxodo” de sérvios da região (minoridade étnica, se comparada à massiva maioria albanesa), motivado pelo crescente embate civilizacional e pelas dificuldades econômicas que assolavam a população. O cenário estava montado para que um governo extremista de alguma das partes assumisse o poder, o que de fato ocorreu, com a emergência do militar Slobodan Milosevic ao cargo de Presidente da República da Sérvia em 1989.

O governo Milosevic, marcado pelo nacionalismo sérvio exacerbado, fez com que as outras Repúblicas iugoslavas recrudescessem na independência e consequente reconhecimento como Estado por parte da comunidade internacional¹⁸¹. Atendo-se ao território de Kosovo, este percebeu a perda do seu caráter autônomo, que lhe permitia participação maior nas instâncias decisórias sérvias, fazendo com que a província restasse sob comando direto de Belgrado, como parte integrante e regular de seu território.

3.1.2 Fragmentação da ex-Iugoslávia e a eclosão do conflito kosovar na Península Balcânica

Dois anos mais tarde, o definitivo colapso na estrutura federativa da Iugoslávia também transformou o debate acerca de Kosovo.

Enquanto as unidades federativas da Eslovênia e Croácia buscaram desde cedo a independência e o subsequente reconhecimento conforme os parâmetros estabelecidos internacionalmente, Kosovo buscou trilhar o mesmo caminho. Ainda que o povo kosovar, por meio de um referendo¹⁸², tenha optado pela independência e inclusive eleito seu “presidente” não oficial, a demanda pela independência e reconhecimento de Kosovo não foi atendida pela comunidade internacional¹⁸³ neste primeiro momento.

¹⁸¹ Croácia e Eslovênia foram as primeiras repúblicas a obter o reconhecimento internacional, ainda em meados dos anos 1990. KER-LINDSAY, *Op. Cit.*, pp. 37-39.

¹⁸² *Ibidem*, p. 11.

¹⁸³ CLARK, Wesley. *Waging Modern War*. New York: Public Affairs, 2001. p. 65.

O crescente cenário de instabilidade política levou a população kosovar a se organizar contra o governo nacionalista sérvio, inclusive militarmente. Em meados de 1996, o Exército de Libertação de Kosovo (*Ushtria Çlirimtare e Kosovës*¹⁸⁴, ou *UÇK*), inicia os ataques armados que, respondidos pelas forças oficiais sérvias, o que culminaria, de fevereiro de 1998 a junho de 1999, na Guerra do Kosovo¹⁸⁵.

Tendo de lidar com combatentes extremistas dos dois lados (terroristas kosovares e nacionalistas sérvios, estes atuando em nome de um Estado já existente), a comunidade internacional logo percebeu que uma nova guerra de cunho étnico estava irrompendo, e agiu com vistas a impedir que as hostilidades assumissem caráter de ainda maior magnitude.

O primeiro instrumento internacional que tratou nominalmente da Guerra do Kosovo foi a Resolução 1160 do Conselho de Segurança das Nações Unidas. A Resolução 1160¹⁸⁶, após forte pressão internacional, especialmente dos países que compunham a Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN), “condenando o uso excessivo da força pelas forças sérvias contra civis e manifestantes pacíficos, bem como os atos de terrorismo perpetrados pelo Exército de Libertação de Kosovo ou qualquer outro grupo” que desempenhava essas funções, solicitou às partes que “entrassem incondicionalmente em um diálogo sobre questões de status político”, além de concordar que qualquer resolução da questão deveria levar em consideração “os princípios da integridade territorial da República Federal da Iugoslávia”, bem como “os direitos dos albaneses kosovares”, expressando seu “apoio a uma melhora status de Kosovo, que inclui um grau significativamente maior de autonomia e respeito à autodeterminação¹⁸⁷”.

Diante da escalada de violência que perdurava na região durante os meses subsequentes, o Conselho de Segurança reforçava sua posição anterior em ulteriores

¹⁸⁴ Traduzido do idioma albanês. Também conhecido por Kosovo Liberation Army – KLA. Para os fins deste trabalho, será utilizada a sigla original.

¹⁸⁵ Para contextualização sobre o combate em si, ver THOMAS, Robert. *Serbia Under Milosevic: Politics in the 1990s*. Londres: Hurst, 1999, p. 404, bem como JUDAH, Tim. *Kosovo: War and Revenge*, 2nd Ed. New Haven: Yale University Press, 2002.

¹⁸⁶ UN Doc. S/RES/1160 (1998).

¹⁸⁷ Do original: “Calls upon the Federal Republic of Yugoslavia immediately to take the further necessary steps to achieve a political solution to the issue of Kosovo through dialogue and to implement the actions indicated in the Contact Group (...); Calls also upon the Kosovar Albanian leadership to condemn all terrorist action, and emphasizes that all elements in the Kosovar Albanian community should pursue their goals by peaceful means only; (...) and expresses its support for an enhanced status for Kosovo which would include substantially greater degree of autonomy and meaningful self-administration; (...)”

Resoluções¹⁸⁸. Cabe ressaltar que, até então, a posição dos países ocidentais que buscavam negociar a paz na região era, indubitavelmente, de garantir os direitos do povo kosovar no âmbito do poder sérvio. Em outras palavras, não se discutia sobre qualquer forma de secessão de Kosovo. Como a Secretária de Estado Americana Madeleine Albright destacou na época,

Nós deixamos claro a Milosevic e aos kosovares que nós não apoiamos a independência de Kosovo, que nós queremos a Sérvia fora de Kosovo, e não o Kosovo fora da Sérvia¹⁸⁹.

A presença continuada da OTAN na região, que visava à redução gradual da violência, acabou por resultar no efeito contrário. O discurso acentuado no sentido de manter a região autônoma, porém ainda sob o regime sérvio não combinava com os ideais cada vez mais independentistas da UÇK.

Os embates armados implicavam na seguinte situação: os combatentes kosovares, convencidos de que a única solução plausível era a separação da Sérvia e a instituição de um novo Estado, forçavam ataques cada vez mais contundentes no aguardo de uma resposta grande o bastante das tropas de Milosevic que não deixasse alternativa aos países ocidentais senão a intervenção armada a favor das forças rebeldes. Milosevic, por sua vez, crendo que as ações da OTAN não passariam do plano da pressão e das ameaças internacionais, manteve as operações contra os insurgentes – possivelmente acreditando também que a Rússia, sua aliada política, sujaria suas mãos e combateria junto do exército sérvio contra um possível ataque ocidental. De fato, o que ocorreu foi o contrário: ação por parte da aliança ocidental e (apenas) condenação dessa postura por parte da Rússia, que se considerava incapaz – ou simplesmente não desejava pagar o preço político – de se engajar militarmente no embate na região kosovar¹⁹⁰.

O ano de 1999 indicava o ápice dos confrontos entre as tropas nacionalistas sérvias e os combatentes kosovares. Após inúmeros episódios de ataques de ambas as partes¹⁹¹ e tentativas de pacificação do território por líderes internacionais¹⁹² (os quais se provaram sem sucesso, muito em razão da intransigência do governo sérvio), a OTAN finalmente partiu para a investida armada contra as tropas comandadas por Milosevic, em março de 1999, através de

¹⁸⁸ UN Doc. S/RES/1199 (1998), UN Doc. S/RES/1203 (1998), UN Doc. S/RES/1239 (1999).

¹⁸⁹ KER-LINDSAY, *Op. Cit.*, p. 13..

¹⁹⁰ *Ibidem*. Ver também JUDAH, *Op. Cit.*, p. 183 e BUCKLEY, William Joseph (Ed.). *Kosovo: Contending Voices on Balkan Intervention*. Cambridge: Eerdmans, 2000.

¹⁹¹ KER-LINDSAY, *Op. Cit.*, pp. 12-15

¹⁹² *Interim Agreement for Peace and Self-Government in Kosovo (Rambouillet Accords)*, 1999.

ataques aéreos a pontos estratégicos. Deflagrada uma das mais graves crises humanitárias da história recente, devido à resistência dos comandantes das tropas sérvias, estima-se que cerca de 850 mil kosovares de origem albanesa fugiram do território¹⁹³ nesse período, refugiando-se em países vizinhos como a Albânia (devido à proximidade e, especialmente, à similaridade étnica e cultural) e a recém-criada República da Macedônia, uma das ex-repúblicas que emergiram da dissolução do antigo Estado iugoslavo.

A intervenção militar efetuada pela OTAN não ficou livre de críticas sobre a sua suposta ilegalidade por parte da doutrina internacionalista¹⁹⁴. O uso da força no caso da ação militar em Kosovo foi interpretado, pelo entendimento majoritário, como uma violação da “proibição do uso da força contra a integridade territorial ou independência política de um Estado¹⁹⁵” contida no parágrafo 4º do Artigo 2º da Carta das Nações Unidas, quando analisado à luz do Artigo 52 do mesmo diploma, que disciplina a existência de acordos regionais relacionados a matérias de manutenção da paz e segurança internacionais, submetendo a legalidade de suas atividades ao “respeito aos princípios e propósitos das Nações Unidas¹⁹⁶”.

Em breve resumo, se compreendeu que nenhum dos argumentos adotados pela OTAN, pelos seus países-membros ou por parte da doutrina que avalizavam a alternativa de intervir militarmente no território de Kosovo encontrou fundamento legal no direito internacional positivo – como o surgimento de um direito de intervenção humanitária externo ao sistema de segurança coletiva das Nações Unidas¹⁹⁷, a aprovação *a posteriori* da iniciativa que teria sido

¹⁹³ KER-LINDSAY, *Op. Cit.*, p. 15.

¹⁹⁴ Eis alguns dos escritos que atestaram a ilegalidade do movimento militar da OTAN: BROWNLIE, Ian. *Kosovo Crisis Inquiry: Memorandum on the International Law Aspects*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2000. pp. 878-905; CHINKIN, Christine. *The Legality of NATO'S Action in the Former Republic of Yugoslavia (FRY) under International Law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2000. pp. 910-925; CASSESE, Antonio. *Ex iniuria ius oritur: Are We Moving towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community?*, in *European Journal of International Law*, 1999. pp. 23-30; PICONE, Paolo. *La 'guerra del Kosovo' e il diritto internazionale generale*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2000. pp. 309-360.

¹⁹⁵ Carta da ONU, Art. 2(4). Do original: “*The Organization and its Members, in pursuit of the Purposes stated in Article 1, shall act in accordance with the following principles. (...) All members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations.*”

¹⁹⁶ *Ibidem*, Art. 52(1). Do original: “*Nothing in the present Charter precludes the existence of regional arrangements or agencies for dealing with such matters relating to the maintenance of international peace and security as are appropriate for regional action provided that such arrangements or agencies and their activities are consistent with the Purposes and Principles of the United Nations,*”

¹⁹⁷ MILANO, *Op. Cit.*, p. 134.

concedida via Resolução 1244¹⁹⁸, ou ainda o recurso ao estado de necessidade como excludente de ilicitude da operação¹⁹⁹. Desta forma, defende-se que a campanha de bombardeamento efetuada em Kosovo pela OTAN constituiu em um ilícito internacional, sendo o uso da força contrário, nesse caso, aos princípios de direito internacional contidos na Carta das Nações Unidas.

Negociações entre líderes internacionais remanesceram durante a investida da OTAN²⁰⁰, que perdurou por cerca de três meses, resultando em um acordo que estabelecia uma “estrutura política temporária” com vistas ao estabelecimento de um autogoverno para Kosovo, considerando o que fora acordado nas Conferências de Rambouillet e “respeitando inteiramente os princípios de soberania e integridade territorial da República Federal da Iugoslávia²⁰¹”. O acordo – o qual continha de maneira inédita a anuência da Federação Russa, que previamente não havia participado de forma ativa na tentativa de construção de paz na região – foi aceito por Slobodan Milosevic em reunião com os representantes da União Europeia e da Rússia²⁰², na cidade macedônia de Kumanovo, principalmente porque não era passível de negociação, não lhe rendendo escolha diversa.

O acordo, ratificado pelo parlamento iugoslavo, resultou na retirada das forças sérvias de Kosovo, sendo sucedido pela instituição de uma missão civil comandada pelas Nações

¹⁹⁸ *Ibidem*.

¹⁹⁹ *Ibidem*, pp. 134-135.

²⁰⁰ KER-LINDSAY, *Op. Cit.*, p. 15 e notas 30 a 35.

²⁰¹ Resolution 1244, *Annex 1: Statement by the Chairman on the conclusion of the meeting of the G-8 Foreign Ministers held at the Petersberg Centre*. O acordo de retirada das tropas sérvias, intitulado *Acordo de Kumanovo* por ter sido assinado na cidade homônima da Macedônia, resultando da intervenção armada da OTAN em território iugoslavo, poderia ser considerado nulo diante do entendimento de parte da doutrina, como ressalta MILANO, *Op. Cit.*, p. 142. Contudo, ainda de acordo com o mesmo autor, p. 143-145, a subsequente práxis dos representantes internacionais dos envolvidos indica que o citado acordo (e seus desdobramentos seguintes, como as Resoluções adotadas pelo Conselho de Segurança) foi dotado de efetividade pela legitimidade de uma presença “não fundada sobre um título válido”, mas compreendida como legítima pela comunidade internacional, por ser garantidora de estabilidade, segurança e autogoverno na região, bem como pelo próprio sujeito que teria sido “lesado”, o Estado sérvio, por garantir sua própria integridade territorial, a conservação do patrimônio religioso-cultural e os direitos da minoria sérvia em Kosovo; *Declaration on Kosovo and Metohia, 2003, Material relating to the Establishment of UNMIK administration of Kosovo – Actions by Kosovo institution*. Disponível em: <<http://icj-cij.org/docket/files/141/15038.pdf>>.

²⁰² Os responsáveis por dirigir as negociações foram Martti Ahtisaari, presidente da Finlândia e Viktor Chernomyrdin, antigo Primeiro Ministro e proeminente político russo. O fato de um representante russo estar negociando “do lado” de um europeu (a Rússia historicamente se identifica com a Sérvia) já deixava claro que a situação para as tropas sérvias não seria nada boa se o acordo não fosse concluído.

Unidas e de uma força de segurança²⁰³ sob o controle da OTAN. Dessa forma, o controle sérvio em face da província de Kosovo efetivamente cessou no início do mês de junho de 1999, rendendo fim à guerra de Kosovo.

3.1.3 O estabelecimento da administração do Conselho de Segurança das Nações Unidas sobre Kosovo

Imediatamente após o cessar-fogo definitivo, operacionalizou-se uma nova fase no desenrolar da contenda no território de Kosovo. Desta vez, as Nações Unidas desempenhariam um papel central na administração da região.

A Resolução 1244, adotada pelo Conselho de Segurança em 10 de junho de 1999, estabeleceu um novo regime internacional sobre o território kosovar. A Resolução, além de reiterar a proibição do uso da força por parte de tropas sérvias, autorizava o Secretário-Geral da ONU a “estabelecer uma administração civil, com vistas a promover o autogoverno da população kosovar” e de “facilitar um processo político de definição do futuro *status* de Kosovo²⁰⁴”.

No entanto, seu texto não indicava precisamente uma data limite para a atribuição desse *status* jurídico definitivo que se consolidaria em Kosovo, nem qual seria em específico: se se tornaria um novo Estado submetido às normas de direito internacional, ou se seria reintegrado à jurisdição iugoslava, ou ainda se lhe seria concedido um *status* de maior autonomia, mas ainda no âmbito interno da República Iugoslava.

Nos dias seguintes, o Secretário-Geral nomeou um Representante especial que chefiaria a *Missão Interina de Administração das Nações Unidas em Kosovo* (ou *United Nations Interim Administration Mission in Kosovo*²⁰⁵) e, com efeito imediato, assumiria os poderes legislativos, executivos e judiciários²⁰⁶ no âmbito do território. Kosovo restava, portanto, como um território oficialmente sob administração internacional²⁰⁷.

²⁰³ *Military Technical Agreement between the International Security Force on Kosovo (KFOR) and the Governments of Federal Republic of Yugoslavia and Republic of Serbia*, 1999. Disponível em: <<http://www.nato.int/kosovo/docu/a990609a.htm>>.

²⁰⁴ Ver nota 172 *supra*.

²⁰⁵ Para os fins deste trabalho, será usado o termo UNMIK para se referir à Missão das Nações Unidas em Kosovo.

²⁰⁶ CHINKIN, Christine. *The Security Council and Statehood*. In: CHINKIN, Christine, BAETENS, Freya. *Sovereignty, Statehood and State Responsibility. Essays in Honour of James Crawford*. Cambridge: Cambridge

Cabe ressaltar que a aprovação da Resolução 1244 pelo Conselho de Segurança representou, na visão de parte da doutrina²⁰⁸, um retorno à legalidade formal da Carta das Nações Unidas, em contraste com a ação militar unilateral por parte da OTAN, que perdurou nas semanas precedentes à adoção da Resolução. A operação aprovada pelos países-membros da supracitada organização acirrou o debate internacional, principalmente por ter se legitimado em um suposto direito de intervenção humanitária que surgira na década de 1990, em consequência das transfigurações que ocorriam no seio da comunidade internacional e o arcabouço normativo que se tentava construir no momento²⁰⁹.

Outro ponto de destaque acerca da adoção da Resolução concerne a posição política dos principais opositores ao ataque aéreo perpetrado pela OTAN, a Rússia e a China. Membros permanentes do Conselho de Segurança²¹⁰, ambos poderiam utilizar-se da prerrogativa constante do Artigo 27²¹¹ e exercer seu poder de veto, bloqueando, dessa forma, a adoção de qualquer medida pelo órgão. Não o fizeram, entretanto, após intensa negociação diplomática nos meses que antecederam a aprovação do instrumento; a Resolução foi ratificada por 14 votos, contendo apenas a abstenção chinesa²¹², que, ao contrário do veto, não impede a sanção do texto.

A Resolução 1244, analisada sob uma perspectiva jurídica e conjuntamente aos instrumentos que lhe são submetidos, revela um quadro de ação bastante complexo, como a problemática situação kosovar necessitava no momento. Seu preâmbulo²¹³ relembra a tragédia humanitária que perdurava em Kosovo e cita a necessidade de se respeitar plenamente as Resoluções anteriores²¹⁴ adotadas pelo Conselho de Segurança. Ademais (e como já

University Press, 2015. Do original: “*In effect UNMIK had vested itself with the same powers as a State government but without regard to the democratic principle of the separation of governmental powers and the appropriate checks and balances.*” p. 163. A autora prossegue: “*This is somewhat ironic since Resolution 1244 mandated UNMIK to organize and oversee ‘the development of provisional institutions for democratic and autonomous self-government (...)*”, p. 163, mas, como a própria relembra o ensinamento de CRAWFORD, *Creation of States*, p. 153, “*certain features of international law are themselves non-democratic.*”

²⁰⁷ MILANO, *Op. Cit.*, p. 122.

²⁰⁸ *Ibidem* p. 123.

²⁰⁹ *Ibidem*.

²¹⁰ Carta da ONU, Artigo 23, que prevê os cinco membros permanentes do Conselho de Segurança: Estados Unidos, Reino Unido, França, Rússia e China.

²¹¹ Carta da ONU, Artigo 27, que prevê o poder de veto às cinco potências permanentes no Conselho.

²¹² MILANO, *Op. Cit.*, p. 123.

²¹³ Resolução 1244, *Op. Cit.*: “*(...) Determined to resolve the grave humanitarian situation in Kosovo, Federal Republic of Yugoslavia and to provide for the safe and free return of all refugees and displaced persons to their homes, (...)*”

²¹⁴ Ver notas 186 e 188 *supra*.

anteriormente mencionado), reafirmava a obrigação dos Estados de respeitar a soberania e a integridade territorial da Iugoslávia e condenava todos os atos de violência cometidos contra a população kosovar, bem como todas as atividades terroristas exercidas em Kosovo.

A adoção da Resolução pelo Conselho de Segurança autorizava, portanto, o Secretário-Geral a estabelecer uma presença civil e militar por um período inicial de 12 meses²¹⁵, sendo passível de continuação caso o Conselho de Segurança não decidisse em sentido contrário, posteriormente.

3.1.4 A administração da UNMIK sobre Kosovo: presença internacional no território e indefinição do seu status futuro

Apenas dois dias após a adoção da Resolução 1244, o Secretário-Geral já emitia o primeiro relatório acerca da Missão, no qual delimitava, na forma de quatro pontos basilares, as relações de cooperação entre a ONU e as organizações regionais²¹⁶. O primeiro ponto dizia respeito à administração civil, delegada à UNMIK e submetida à autoridade de um Representante Especial do Secretário-Geral; o segundo ponto concernia o componente humanitário, outorgado ao Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR); o terceiro quesito mencionava o apoio à criação de instituições democráticas, ligado à Organização para a Segurança e Cooperação na Europa (OSCE); e, por fim, a quarta pilastra do sistema dizia respeito à reconstrução econômica de Kosovo, confiado à União Europeia.

Os primeiros sete regulamentos (adotados entre os meses de julho e setembro daquele ano) foram utilizados para definir especificamente as atribuições da Missão internacional em Kosovo, sempre seguindo as quatro diretrizes estabelecidas pelo Secretário-Geral logo após a entrada em vigor da Resolução 1244. Nestes instrumentos, destaca-se: o reforço da responsabilidade exclusiva da UNMIK para a administração da província; confirmava-se que a lei nacional (sérvia ou iugoslava) aplicável no território de Kosovo antes de 24 de março de 1999 seria aplicável somente em conformidade com os próprios regulamentos da UNMIK (significando que disposições legislativas que não estivessem em conformidade com o *standard* internacional em matéria de direitos humanos seriam, a partir de então, nulas);

²¹⁵ Resolução 1244, *Op. Cit.*, par. 19. Do original: “(...) *Decides that the international civil and security presences are established for an initial period of 12 months, to continue thereafter unless the Security Council decides otherwise; (...)*”

²¹⁶ UN Doc. S/1999/672, *Report of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 10 of the Security Council Resolution 1244 (1999)*, 1999.

estabeleciavam-se as diretivas de funcionamento dos postos alfandegários (inclusive taxas), regulava-se a liberdade de circulação de moedas estrangeiras em território kosovar, posteriormente convertida na adoção do Marco Alemão como moeda oficial; e, por último, enfim se reorganizava o sistema judiciário de Kosovo²¹⁷.

O passo seguinte para o desenvolvimento da UNMIK foi a aprovação do Regulamento n. 9, em 2001, com o qual o Representante Especial aprovava o *Quadro Constitucional para o Autogoverno Provisório em Kosovo*²¹⁸. O *Framework*, depois de ratificar a posição de Kosovo como uma “entidade sob administração internacional²¹⁹”, estabelecia detalhadamente a divisão de competências entre a administração da UNMIK e as novas instituições centrais de autogestão que vinham sendo desenvolvidas, sem prejuízo, entretanto, do poder do Representante Especial para intervir ou anular atos dessas instituições, ou ainda revogar a nomeação de funcionários ou representantes institucionais kosovares²²⁰.

Ademais, o *Framework* atribuía à UNMIK as competências para exercício da política externa e para a conclusão de tratados internacionais, conferindo às instituições provisórias de autogoverno de Kosovo somente um poder consultivo e a competência em matéria de cooperação internacional²²¹. No final de 2001, deram-se as primeiras eleições de cargos políticos do território, e a primeira Assembleia kosovar pós-guerra era constituída.

Na fase seguinte, caracterizada pelo processo de “*standards before status*²²²”, o Representante Especial demandou das autoridades kosovares o cumprimento de significativos progressos nas áreas consideradas cruciais para a estabilidade, o crescimento dos ideais democráticos e o desenvolvimento do Estado de Direito em Kosovo²²³. Ainda que uma situação de relativa paz e segurança se consolidava em Kosovo nessa época, o território ainda sofria das mazelas da corrupção pública, do crime organizado, da separação *de facto* da sua

²¹⁷ *Regulation No. 1999/1 on the Authority of the Interim Administration in Kosovo*, UNMIK/REG/1999/1, Seção 1 e 3, 1999; *Regulation No. 1999/3 on the Establishment of the Custom and Other Related Services in Kosovo*, UNMIK/REG/1999/3, 1999; *Regulation No. 1999/6 on Recommendations for the Structure and Administration of the Judiciary and Prosecution Service*, UNMIK/REG/1999/6, 1999.

²¹⁸ *Constitutional Framework for Provisional Self-Government in Kosovo*, UNMIK/REG/2001/9, 2001 – para os fins desse trabalho, será citado como *Framework*.

²¹⁹ *Ibidem*, Art. 1.1.

²²⁰ *Ibidem*, Art. 11.

²²¹ *Ibidem*, Art. 5.

²²² Em tradução livre: *padrões prévios ao status*.

²²³ UN Doc. S/2002/436, *Report of the Secretary-General on the United Nations Interim Administration in Kosovo*, 2002.

porção norte, habitada por maioria sérvia e da sensível restrição de circulação da população sérvia residente em outras partes do território kosovar. Desta forma,

a intervenção internacional revelava-se voltada a construir um autogoverno em Kosovo, fundado nos princípios da legalidade, boa administração, democracia, respeito aos direitos humanos e aos direitos dos grupos minoritários para limitar e superar os supracitados problemas estruturais da sociedade kosovar²²⁴.

O acolhimento de poderes tão vastos, combinados à alargada interpretação do próprio mandato pelo Secretário-Geral são uma confirmação de uma tendência, comum à década de 1990, de atribuir à ONU uma função de administração direta de territórios recém-saídos de conflitos armados e nos quais não se poderia garantir a continuidade do exercício dos encargos governamentais precedentes ao início das hostilidades. Conforti e Focarelli esclarecem, afirmando que,

com a administração territorial, as Nações Unidas atingiram o mais alto nível de erosão da jurisdição nacional, questionando a própria *capacidade* de governar do Estado, ao invés da sua fraqueza em um ou mais setores da administração pública²²⁵.

Esmiuçando a aprovação da Resolução 1244 e de seus acordos subsequentes, e à luz da doutrina especializada²²⁶, parece que a tese segundo a qual o consenso do Estado, do ente territorial ou dos representantes da população desse ente equivalha, na verdade, a um – importante, ademais – elemento político para uma implementação eficaz do mandato internacional, não chegando a se configurar uma condição jurídica de legitimidade da operação.

A intervenção internacional em Kosovo, de 1999 a 2008, dirigiu-se à criação de instituições de autogoverno e à transferência gradual de poder às instituições democráticas eleitas pelo povo kosovar, permanecendo a comunidade internacional com um firme

²²⁴ Do original: “(...) *L'intervento internazionale diventava quindi un intervento diretto volto a costruire un autogoverno del Kosovo fondato sui principi di legalità, di buona amministrazione, di democrazia, di rispetto dei diritti dell'uomo e dei diritti dei gruppi minoritari per arginare e superare i suddetti problemi strutturali della società kosovara.*” MILANO, *Op. Cit.*, p. 147.

²²⁵ Do original: “(...) *with territorial administration the United Nations have reached the highest level of erosion of domestic jurisdiction, questioning the ability itself of a State to govern, rather than its shortcomings in one or more sectors of public administration.*” CONFORTI, FOCARELLI. *The Law and Practice of the United Nations*, 4th Ed., Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2010. p. 294.

²²⁶ *Ibidem*, p. 295.

controle²²⁷ sobre as ações dos novos governos kosovares (através dos poderes especificados pelo *Constitutional Framework* de 2001).

Por um lado, observa-se que a ação internacional se concentrou, especialmente, na capacidade institucional e democrática dos governos e agentes locais, relegando questões de *status* futuro a um segundo plano. De outra parte, o distanciamento do governo de Belgrado através da criação de um regime jurídico gradativamente mais internacionalizado (como o instituído pela UNMIK) consistiu em uma estratégia deliberada dos principais agentes internacionais engajados na causa de Kosovo – em particular a ONU, a União Europeia e a OTAN e seus países mais influentes, como Estados Unidos, Reino Unido, França e Alemanha – para “preparar o terreno” com vistas a um futuro *status* independente do território²²⁸.

Nesse sentido, a Resolução 1244 pôde garantir um panorama deveras flexível de legalidade à presença internacional, pela qual as operações da UNMIK obtiveram uma corroboração formal. Ademais, a mesma Resolução fez com que a eficácia das normativas adotadas como garantia da soberania sérvia sobre o território fosse limitada, por meio de um procedimento sutil de “transformação” formal da disciplina legal vigente, podendo, desta forma, mascarar uma possível ausência de legalidade nos processos políticos²²⁹. O volume, de igual forma, de instrumentos internacionais referenciados e aplicáveis no recém-criado ordenamento jurídico (no âmbito dos poderes da UNMIK) criou uma base sólida para que o

²²⁷ VITUCCI, Maria Chiara. *Kosovo statehood beyond the ICJ's Advisory Opinion*. In: ARCARI, Maurizio, BALMOND, Louis. *International Law Issues Arising from the International Court of Justice Advisory Opinion on Kosovo*. Milano: Giuffrè, 2011, resume a situação da seguinte maneira: “(...) while Serbia was prevented from using its sovereign prerogatives, the local institutions with the fundamental support of various international organizations were running the daily life of the people in Kosovo. More specifically, while at an internal level the Provisional Institutions of Self-Government (PISG) established in the Provisional Framework could only deal with their administrative tasks due to the robust assistance of international actors, the same institutions lacked any external power, reserved do the SRSG (Special Representative of the Secretary General)”, p. 193. Este fragmento retrata como se dividiam as funções interna e externa da autoridade kosovar em tempos de administração internacional: destaque especial para a reserva de poder que se encontrava com a ONU, responsável por todas as questões externas que pudessem emergir na época.

²²⁸ MILANO, *Op. Cit.*, p. 161.

²²⁹ *Ibidem*, p. 162. Em um comentário sobre o poder de legitimidade que o SC pode oferecer a uma determinada situação, “SC decision-making with respect to territorial disposition and State governance enhances the legitimacy of the entity and simultaneously augments the Council's relevance in global politics and power. This partly explains why there has been a return to the SC after an unauthorised military action (as with Kosovo) (...)”, CHINKIN, *Op. Cit.*, p. 170.

status político de Kosovo passasse a ser delineado nos anos seguintes de administração internacional²³⁰, e anteriores à Declaração de Independência, de 2008.

3.2 A Declaração de Independência de 17 de fevereiro de 2008 e a Opinião Consultiva da Corte Internacional de Justiça: nem permitido, nem proibido?

A Opinião Consultiva da Corte Internacional de Justiça a respeito de Kosovo remete à Declaração de Independência do território, proferida pela Assembleia kosovar, em 17 de Fevereiro de 2008:

Nós, os líderes democraticamente eleitos do nosso povo, declaramos por meio desta que Kosovo é um Estado independente e soberano. Esta declaração reflete o desejo do nosso povo (...) ²³¹.

A Declaração de Independência de Kosovo, naturalmente, surgiu devido ao contexto histórico em que a situação estava inserida. A ação do Parlamento kosovar resultou de um largo período de administração internacional e uma fase de “demoradas negociações sobre seu *status*, marcadas pelas posições quase irreconciliáveis entre as partes: a Sérvia, de um lado, pronta para conceder nada mais do que uma parcela de autonomia, e os albaneses kosovares, de outro lado, batalhando pela independência²³²”.

Tratando finalmente da questão em si, a Corte não sentiu a necessidade de reformular a questão posta pela Assembleia Geral. A abordagem dos juízes demonstrou um entendimento de que a questão era “específica e limitada” à declaração de independência e seu respeito ao direito internacional. Ademais, não foi indagado à Corte qualquer consequência da declaração, nem o *status* atual de Kosovo (caso teria se tornado um novo Estado, por

²³⁰ O Plano Ahtisaari, ou o *Comprehensive Proposal for the Kosovo Status Settlement (CSP)* foi uma proposta de acordo que cobriu uma gama de assuntos relacionados ao futuro *status* de Kosovo. O responsável por costurar o plano, Maarti Ahtisaari, ex-presidente e diplomata finlandês já tinha experiência com a situação (ver nota 202 *supra*). A sua proposta buscava dar a Kosovo uma autonomia ainda maior do que a vivenciada historicamente pela Província, sem mencionar, entretanto, que o território seria um país independente. Ainda assim, a proposta não foi aceita pelo governo sérvio, já que várias das medidas acarretariam no reconhecimento de Kosovo como um ente independente, como a criação de uma força policial de Kosovo, a utilização de símbolos nacionais e a livre candidatura a organizações internacionais. Os quase 12 meses de diálogo entre Pristina e Belgrado não resultaram em nada, e o Plano Ahtisaari não foi adotado oficialmente por nenhuma organização – ainda que tenha influenciado, mesmo que indiretamente, a Declaração de Independência proferida aproximadamente um ano depois. Para uma análise mais aprofundada, MILANO, *Op. Cit.*, pp. 165-170. CHINKIN, *Op. Cit.* comenta o Plano Ahtisaari: “*His reasoning provides an instrumentalist view of statehood in contemporary international law (...) Nevertheless the SC was split and thus unable to accept the plan.*” p.164.

²³¹ “*We, the democratically-elected leaders of our people, hereby declare Kosovo to be an independent and sovereign state. This declaration reflects the will of our people (...)*” Kosovo Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2010, p. 434, par. 75.

²³² VITUCCI, *Op. Cit.*, p. 194.

exemplo), muito menos os efeitos de reconhecer Kosovo como um Estado independente no cenário internacional²³³.

Na esfera jurídica internacional, a *Opinião Kosovo* era esperada com grande expectativa, não apenas pelos Estados que tomaram parte nos procedimentos perante a Corte, como também, de maneira geral, por qualquer interessado na temática referente ao direito da autodeterminação dos povos em um contexto pós-colonial²³⁴.

Após um exame pormenorizado pela Corte, compreendeu-se que:

Pelas razões já referidas, a Corte entende que o direito internacional não contém nenhuma proibição aplicável a declarações de independência. Assim, conclui que a declaração de independência de 17 de fevereiro de 2008 não violou o direito internacional²³⁵.

A manifestação da CIJ foi acompanhada por um sentimento de satisfação em Pristina, assim como entre os Estados que apoiaram a trajetória de Kosovo rumo à independência²³⁶.

Para o lado contrário, as críticas ao desfecho do parecer da Corte (que declarou, por fim, que o direito internacional não proíbe declarações de independência) insinuaram que as instituições jurisdicionais – e, por conseguinte, o próprio direito internacional como um corpo de normas – assumiram um papel de coadjuvante acerca do tema, permanecendo caladas em face do fenômeno de criação de Estados e de suas consequências, incluindo o reconhecimento de Estados²³⁷. Nessa mesma orientação, Sven Sobrie e Cedric Ryngaert entendem que “o direito foi deixado de lado pela prática nacional de reconhecimento (de Estados), que nada mais é do que linguajar diplomático a serviço da conveniência política²³⁸”.

²³³ “In the present case, the question posed by the General Assembly is clearly formulated. The question is narrow and specific; it asks for the Court’s opinion on whether or not the declaration of independence is in accordance with international law. It does not ask about the legal consequences of that declaration. In particular, it does not ask whether or not Kosovo has achieved statehood. Nor does it ask about the validity or legal effects of the recognition of Kosovo by those States which have recognized it as an independent State.” *Kosovo Advisory Opinion*, p. 423, par. 51.

²³⁴ KNOLL-TUDOR, Bernhard. *The Settling of a Self-Determination Conflict? Kosovo’s Status Process and the 2010 Advisory Opinion of the ICJ*, In: MILANOVIC, Marko, WOOD, Michael (Ed.). *The Law and Politics of the Kosovo Advisory Opinion*. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 90.

²³⁵ *Kosovo Advisory Opinion*, p. 438, par. 84.

²³⁶ KNOLL-TUDOR, *Op. Cit.*, p. 90;

²³⁷ *Ibidem*.

²³⁸ Conforme atestam RYNGAERT, Cedric, SOBRIE, Sven. *Recognition of States: International Law or Realpolitik? The Practice of Recognition in the Wake of Kosovo, South Ossetia, and Abkhazia*, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 24, 2011: “Law (...) has been sidelined by national recognition practice which is ‘diplomatic parlance for political expediency.’” p. 480

A incerteza acerca da estatalidade de Kosovo e do seu ainda problemático *status* jurídico seguramente fez com que se esperasse que a *Opinião Kosovo* versasse sobre as questões chave que remanesciam ocultas no quebra-cabeça que se tornara o problema²³⁹.

Para os internacionalistas que se voltavam ao estudo do caso, e que desejavam uma declaração que pudesse guiar o entendimento em matérias como independência, soberania, autodeterminação dos povos, surgimento e reconhecimento de Estados, a Corte os decepcionou de alguma forma²⁴⁰, ao meramente investigar se o pronunciamento feito pela Assembleia kosovar estava em linha com o direito internacional e com o regime imposto no território pela Resolução 1244 de 1999²⁴¹.

Importante salientar como transcorreu o processo de requisição de um Parecer Consultivo à Corte Internacional de Justiça. O debate para se obter uma declaração sobre a declaração de independência de Kosovo, na Assembleia Geral, foi motivado pela delegação da Sérvia. O Estado que toma para si a iniciativa de requisitar uma Opinião Consultiva à Corte o faz esperando que tenha um resultado “favorável” e, portanto, uma declaração da CIJ ao encontro de suas pretensões – sendo que, frequentemente, quem inicia os procedimentos sagra-se vencedor do embate jurídico²⁴². Na opinião Kosovo, contudo, percebe-se um resultado diverso do usual: o país que motivou o debate resultou “desapontado e irritado” com a Opinião²⁴³, visto que a Sérvia não obteve²⁴⁴ uma declaração de autoridade do mais alto

²³⁹ KNOLL-TUDOR, *Op. Cit.*, p. 91-92. O autor ainda cita outros temas que poderiam ser abordados pela CIJ, tecendo críticas à posição da mesma ao se omitir na discussão sobre tais problemas: “*In fact, the Court maintained absolute silence on the question of rights and entitlements. Instead, it cautiously built argumentative blocks to encase the pink elephant in the room. (...) Overall, the ICJ left the presumption against the admissibility of secession – and in favour of maintaining the territorial status quo – largely intact and the discourse on ‘remedial secessions’ somewhat awkwardly hanging in the air.*” Ele prossegue: “*The Court has been blamed for a narrowly constructed and formalistic opinion that avoided contentious issues such as whether the UDI (Unilateral Declaration of Independence) had any legal consequences on the international legal plane.*”

²⁴⁰ Conforme o entendimento de CZAPLINSKI, W., *Recognition and Non-Recognition beyond the ICJ’s Advisory Opinion*, In: ARCARI, BALMOND, *Op. Cit.*: “*From the point of view of the international lawyer, the opinion of the ICJ on Kosovo is disappointing, as it does not resolve the most fundamental problems of secession; no step neither ahead nor back has been taken. The Court acted in an extremely prudent and cautious way in order to avoid opening too large doors towards independence of secessionist units. “The opinion is therefore conservative.”*” p. 189.

²⁴¹ Para uma análise mais aprofundada acerca da interpretação que a Corte Internacional de Justiça ofereceu às resoluções aprovadas pelo Conselho de Segurança em Kosovo e o regime jurídico em vigor depois da sua adoção, ver PALCHETTI, P. *L’interprétation des résolutions du Conseil de Sécurité à la lumière de l’avis de la Cour Internationale de Justice sur le Kosovo*, In: ARCARI, BALMOND, *Op. Cit.*, p. 155-171.

²⁴² FALK, Richard. *The Kosovo Advisory Opinion: conflict resolution and precedent*. In: *Agora: The ICJ’s Kosovo Advisory Opinion*. American Journal of International Law, Vol. 105, n. 1. p. 55.

²⁴³ *Ibidem*.

órgão jurisdicional da comunidade internacional atestando a ilegalidade da Declaração de Independência de Kosovo, com respeito à sua integridade territorial. Não só as “partes” diretamente envolvidas como os demais Estados interessados consideravam que um resultado “favorável” acarretaria em vantagens em futuras relações (e negociações) diplomáticas²⁴⁵ – mesmo levando em conta a natureza não contenciosa das Opiniões Consultivas.

Ainda, uma possível declaração da Corte a respeito do surgimento do Estado de Kosovo – e, ainda, alguma diretriz concernente ao reconhecimento deste novo ente estatal pelos demais membros da comunidade internacional – poderia gerar uma atitude diferente da que se percebe hoje entre os Estados. Por um lado, se não é possível prever qual seria o impacto de tal declaração na atitude dos países, por outro, pode-se afirmar que as respostas e reações à Opinião Consultiva e à situação de Kosovo seriam mais uniformes²⁴⁶.

De qualquer forma, não se verifica que a conclusão que o corpo jurídico da Corte atingiu concedeu algum gênero de permissão para que entidades não estatais proferissem declarações de independência aos moldes daquela de Kosovo; também não ofereceu “carta branca” para que os demais Estados reconhecessem a estatalidade do enclave balcânico. Nessa mesma orientação, a opinião não portava implicações diretas à política do governo sérvio em relação ao território²⁴⁷.

3.2.1 Contribuição da Corte Internacional de Justiça acerca das questões jurídicas sobre o surgimento de novos Estados

²⁴⁴ DUGARD, *Op. Cit.*, sugere que a Sérvia e seus representantes internacionais não ajudaram sua própria causa ao formular uma questão de escopo tão limitado para ser respondida pela Corte: “*Although the Court could, and in the opinion of this author, should have adopted a wider approach to the question asked, it must not be forgotten that Serbia was to blame for formulating the question so narrowly and this failing should not be attributed to the Court.*” p. 193.

²⁴⁵ FALK, *Op. Cit.*: “*In fact, both sides and the large number of participating parties seemed to believe that an advisory opinion in their favor could substantially influence future diplomacy (...)*” p. 55.

²⁴⁶ Ver ponto 3.3, *infra*.

²⁴⁷ Conforme CAPLAN, Richard e WOLFF, Stefan, *Some Implications of the Advisory Opinion for Resolution of the Serbia-Kosovo Conflict*, In: MILANOVIC, WOOD, *Op. Cit.* caso a Corte concluísse em seu parecer que a Declaração de Independência de Kosovo violara o direito internacional, todavia, isso geraria uma obrigação *erga omnes* para que nenhum Estado reconhecesse a situação “ilegal” que resultara da Declaração. Tal arremate certamente reforçaria o argumento da Sérvia, a qual poderia, com o auxílio de outros Estados com força política no âmbito internacional, a buscar medidas complementares (no domínio da ONU, mas não somente) com vistas a rechaçar essa Declaração “ilegal”. p. 320.

Em primeiro lugar, deve-se ter em conta que, no conflito de Kosovo, está se tratando de uma opinião consultiva proferida pela CIJ, e não de um caso contencioso levado à Corte por iniciativa de um Estado.

O instituto da opinião consultiva, como previsto no Estatuto da Corte²⁴⁸, é utilizado quando solicitado pelos órgãos competentes para auxiliá-los no exercício de suas funções através do esclarecimento questões legais não cristalizadas em definitivo na ordem jurídica internacional. Faz-se importante lembrar que, qualquer que seja o tema da questão formulada à Corte (se envolve Estados, organizações ou se trata de uma matéria genericamente), sua resposta é proferida sempre e somente para a organização que a requereu²⁴⁹, tendo esta o livre discernimento entre seguir ou não o que lhe foi dito.

Parte da doutrina internacionalista também ressalta que o instituto do parecer consultivo da CIJ, por não ser um expediente a que possa ser utilizado como recurso judicial pelos Estados, e também por objetivar o auxílio à Assembleia Geral, ao Conselho de Segurança e demais órgãos do sistema ONU no desempenho de suas funções, pode também cumprir sua atribuição através da administração de conflitos em suas mais variadas formas²⁵⁰.

Muito embora as Opiniões Consultivas não tenham força vinculante *per se*, é inegável o seu caráter de expressão de autoridade da norma internacional, como afirma o professor japonês Hisashi Owada, ex-presidente da CIJ:

Apesar da sua natureza consultiva, constituem uma importante contribuição ao direito. (...) não se deve perder de vista seu significado como uma autêntica declaração da lei simplesmente porque não têm força vinculante. (...) opiniões consultivas geralmente recebem muita atenção, dentro e fora das Nações Unidas²⁵¹.

²⁴⁸ *Statute of the International Court of Justice*, Art. 65, par. 1: “The Court may give an advisory opinion on any legal question at the request of whatever body may be authorized by or in accordance with the Charter of the United Nations to make such a request.”

²⁴⁹ “The advisory jurisdiction is the means by which the General Assembly and the Security Council may obtain the Court’s opinion in order to assist them in their activities. The Court’s opinion is given not to States but to the organ which has requested it. (...) the purpose of the advisory jurisdiction is to enable organs of the United Nations and other authorized bodies to obtain opinions from the Court which will assist them in the future exercise of their functions.” *Kosovo Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 2010, p. 417, par. 33; p. 421, par. 44.

²⁵⁰ CAPLAN, WOLFF, *Op. Cit.*, p. 318.

²⁵¹ OWADA, Hisashi. *Speech to the legal advisers of United Nations member states: Introductory remarks at the seminar on the Contribution of the International Court of Justice to International Law*. p. 2-3. Ainda neste sentido: “It is clear that advisory opinions have no binding force as such. (...) Nevertheless, the statements made by the ICJ in an advisory opinion will normally have important legal effects. (...) Advisory Opinions by the ICJ have had important effects on the development of international law since the coming into force of the UN

Tratando-se em especial do caso de Kosovo, um conflito de contornos extremamente políticos que vinha se arrastando durante anos, uma opinião consultiva sobre os acontecimentos na área e seus possíveis desdobramentos na estabilidade regional parece ter até mais força do que a jurisdição consultiva normalmente possui, dado o alto nível de controvérsia que cercava (e até hoje cerca) o tema e as diferentes opiniões que a questão pode estimular. A pressão internacional que uma Opinião Consultiva ocasiona, com o passar do tempo, no desenvolvimento da temática no território em questão e na opinião pública dos sujeitos internacionais que atuaram (ou ainda atuam) nessa contenda não deve ser subestimada²⁵².

Em situações passadas, a Corte Internacional de Justiça teve a oportunidade de, através de Opiniões Consultivas, tratar de temas que envolvem o surgimento de Estados. Em especial, elas concernem ao princípio da autodeterminação dos povos sendo aplicado a territórios ainda dependentes de outro Estado: a Opinião Consultiva sobre o status internacional do Sudoeste Africano (*South West Africa*, correspondente hoje ao território da Namíbia), de 1950²⁵³, bem como a Opinião sobre a colonização do Saara Ocidental (*Western Sahara*), de 1975²⁵⁴.

Em ambos os casos estudados, a Corte apenas pôde tratar do princípio da autodeterminação dos povos em sua dimensão colonial, dado o contexto da época²⁵⁵.

Charter.” FROWEIN, Jochen; OELLERS-FRAHM, Karin. Art. 65. *Advisory Opinions*. In: ZIMMERMANN, Andreas, OELLERS-FRAHM, Karin, TOMUSCHAT, Christian, TAMS, Christian J. (Ed.). *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 1621-1623, par. 44-50; FALK, *Op. Cit.*: “I believe that advisory opinions should be read and treated as providing the most authoritative international law assessments available, and deserve respect by affected parties and by the political organs of the United Nations, as well as by scholars. (...) For legal guidance there is no better or higher source of authority in international level than the highest judicial body in the United Nations system.” p. 51. “Unlike a contentious case (...), an advisory proceeding enables an international law question on very sensitive issues to be put to the ICJ in face of the strenuous objections of concerned states, even leading states.” p. 53. Importante frisar vozes dissonantes na doutrina, que apontam que tal visão pode ser uma boa prescrição de como uma opinião consultiva deve ser vista, mas não são uma descrição fidedigna de como esses pronunciamentos judiciais são de fato observados: “Such a view, however, maybe more aspirational than real. States directly implicated in an advisory opinion have frequently chosen to ignore the national policy implications of the Court’s legal assessment when they have perceived their interests to be adversely affected by it. States are not the only relevant parties, however: advisory opinions may also influence civil society and non-state actors who, in turn, may bring pressure to bear on governments to effect changes in their policies.” CAPLAN, WOLFF, *Op. Cit.*, p. 319.

²⁵² FALK, *Op. Cit.*, p. 51-54.

²⁵³ *International Status of South West Africa, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports, 1950, p. 128.

²⁵⁴ *Western Sahara*, ICJ Reports, *Op. Cit.*, p. 12.

²⁵⁵ “Thus, historical and political circumstances led the Court to deal with only the most ‘classical’ or ‘traditional’ dimension of self-determination: anti-colonialism.” CASSESE, Antonio. *The International Court of Justice and the right of peoples to self-determination*. In: LOWE, Vaughan, FITZMAURICE, Malgosia (Ed.).

Contudo, não se pode entender o princípio como somente aplicado a uma questão específica (a descolonização da África, embora tenha sido gerado neste meio), mas sim passível de aplicação a qualquer povo que esteja em um estado de dependência²⁵⁶. A Corte, contudo, não abordou o tema da autodeterminação dos povos na Opinião Kosovo – levando em conta que este não era o objeto da pergunta feita pela Assembleia Geral²⁵⁷.

O objeto da questão elaborada à Corte foi claro: a (i)legalidade da Declaração Unilateral de Independência perante o direito internacional. Não foi perguntado à CIJ sobre alguma consequência desta declaração, sobre a separação de Kosovo do território sérvio ou mesmo sobre possíveis efeitos dos mais de sessenta Estados que assim também reconheciam Kosovo à época²⁵⁸ como um de seus pares no plano internacional. A resposta foi proferida nos mesmos termos em que a pergunta foi elaborada, sem nenhuma forma de interpretação expansiva por parte dos juízes²⁵⁹.

A avaliação é também sancionada pela doutrina mais recente sobre o tema, nas palavras de Sean Murphy, internacionalista expert na problemática de Kosovo²⁶⁰. Ele alega que, ainda que possa se expressar discordância com o desfecho atingido,

a Corte abordou os argumentos jurídicos trazidos à tona de maneira um tanto quanto sistemática, e não há nada sobre o parecer que opere fora do domínio de raciocínio judicial plausível. Embora a Corte estivesse diante da difícil situação de uma resolução ambígua e um Conselho dividido, assim como blocos de Estados com visões diametralmente opostas, a Corte assumiu a responsabilidade de responder a questão e a respondeu claramente, sem desencadear

Fifty Years of the International Court of Justice. Essays in Honour of Sir Robert Jennings. Cambridge: Cambridge University Press, 1996. p. 352.

²⁵⁶ Resolução 1514, *Op. Cit.*: “The General Assembly declares that: 2. All peoples have the right to self-determination; by virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development.”

²⁵⁷ “During the second half of the twentieth century, the international law of self-determination developed in such a way as to create a right to independence for the peoples of non-self-governing territories and peoples subject to alien subjugation, domination and exploitation. A great many new States have come into existence as a result of the exercise of this right.” *Kosovo Advisory Opinion*, I.C.J. Reports, 2010, p. 436, par. 79.

²⁵⁸ Ver nota 170 *supra*.

²⁵⁹ Embora a resposta tenha sido clara, nos termos em que a pergunta foi efetuada, alguns autores entendem que a resposta da Corte dá sustentação legal a Estados que reconheçam Kosovo e à própria situação *de facto* de Kosovo: “Although the opinion does not explicitly answer the underlying question whether the separation of Kosovo from Serbia was lawful, it nevertheless implies the answer and thus constitutes a legal underpinning for the factual situation of Kosovo’s independence from Serbia and the lawfulness of recognition of Kosovo by other States.” FROWEIN, OELLERS-FRAHM, *Op. Cit.* p. 1627, par. 60.

²⁶⁰ O professor americano Sean Murphy participou dos procedimentos perante a Corte Internacional de Justiça, fazendo parte do corpo jurídico responsável por Kosovo.

consequências aparentemente adversas para as Nações Unidas, os Balcãs, ou para o direito internacional em geral²⁶¹.

Com respeito às consequências da declaração de independência, a Corte foi clara ao afirmar que “por vezes, (a declaração) resulta na criação de um novo Estado, por vezes não”. Contudo, a Corte sustenta que “a prática dos Estados durante este período leva claramente à conclusão de que o direito internacional não proíbe declarações de independência²⁶²”. Já o princípio da integridade territorial também não poderia ser violado, já que não se trata de uma situação entre Estados soberanos, e sim de um ente infraestatal que se declara independente²⁶³.

As reações de alguns autores que estudam o tema merecem especial atenção. Richard Falk, por exemplo, entende que, mesmo que a Corte tenha se esforçado para atestar a excepcionalidade da situação de Kosovo, devido ao seu contexto histórico e atual conjuntura política, o desfecho da Opinião Consultiva deve acarretar no futuro uma interpretação mais ampla, para que seja utilizada como pretexto em casos aparentemente análogos de regiões separatistas²⁶⁴.

²⁶¹ MURPHY, Sean. *Reflections on the ICJ Advisory Opinion on Kosovo. Interpreting Security Council Resolution 1244* (1999). In: MILANOVIC, WOOD, *Op. Cit.*. Do original: “(...) the Court rather systematically addressed the principal legal arguments placed before it, and there is nothing about the opinion that operates outside the realm of plausible judicial reasoning. Though the Court was faced with the difficult situation of an ambiguous resolution and a divided Council, as well as blocs of states with diametrically opposed views, the Court assumed its responsibility of answering the question and answered it clearly, without unleashing any apparent adverse consequences for the United Nations, for the Balkans, or for the field of international law generally.” p. 165-166.

²⁶² “Sometimes a declaration resulted in the creation of a new State, at others it did not. (...) State practice during this period points clearly to the conclusion that international law contained no prohibition of declarations of independence.” *Kosovo Advisory Opinion*, I.C.J. Reports, 2010, p. 436, par. 79.

²⁶³ “Thus, the scope of the principle of territorial integrity is confined to the sphere of relations between States.” *Ibidem*, p. 437, par. 80. O posicionamento adotado pela Corte foi alvo de críticas, das quais destacamos KNOLL-TUDOR, *Op. Cit.*, p. 91-92: “Equally baffling was the positivist turn the Court took when concluding that ‘the scope of the principle of territorial integrity is confined to the sphere of relations between States’. What appears, at first sight, to be a dry re-statement of the classic intra-state paradigm reveals itself in the further course of the Opinion as a method of drilling a hole into the holiest of grails: a state, the Court said, cannot invoke an entitlement to territorial integrity vis-à-vis non-state territorial entities as it cannot oppose a right to a group which has no obligation to respect it.” Ele avança no argumento: “The Court’s confinement of the principle of territorial integrity to the interstate realm may actually be the most significant and lasting contribution to legal doctrine, with entirely unclear consequences for prohibitory norms derived from this principle, such as the use of force by secessionist groups”. Para um ponto de vista similar, PETERS, Anne. *Does Kosovo Lie in the Lotus-Land of Freedom?*, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 24, 2011. pp. 95-108.

²⁶⁴ FALK, *Op. Cit.*: “(...) the majority found the declaration acceptable if strictly limited to the Kosovo situation, but did not want to endorse in any way the general practice, as it would encourage an expansive reading that would give direct aid and comfort to an array of secessionist movements waiting in the wings of the global political stage. (...) In effect, the outcome regarding Kosovo is likely in the future to be read broadly even

Persiste também a dúvida sobre qual deveria ser a verdadeira função da Corte Internacional de Justiça ao esmiuçar todos os aspectos da *Opinião Kosovo*. A Corte foi indagada acerca da (i)legalidade de uma declaração de independência; contudo, parte da doutrina acreditava que a Corte deveria responder questões concernentes a temas que estariam de alguma forma relacionados ao caso²⁶⁵, como reconhecimento de Estados, secessão e autodeterminação dos povos – sem falar na posição à qual a CIJ foi alçada, tratada como uma espécie de “árbitro de uma disputa universal multilateral, a qual a comunidade internacional não foi capaz de resolver sozinha”²⁶⁶.

Ainda sob esse viés, foi inclusive sustentado que a Corte de fato assumiu o papel de “árbitro internacional” da disputa entre Kosovo e Sérvia, conforme analisa Daphné Richemond-Barak em seu estudo:

Contrariando as expectativas, o principal objetivo da Corte não era de desenvolver o direito internacional em questões de reconhecimento, autodeterminação ou secessão. (Mas sim) de minimizar o dano que sua opinião teria sobre a já tensa relação entre as partes mais interessadas – ou seja, Kosovo e Sérvia²⁶⁷.

though the majority view is written narrowly, precisely to discourage such a broad endorsement of unilateral declarations of statehood.” p. 51.

²⁶⁵ Destaca-se as palavras de DUGARD sobre o tema: “*The Kosovo Advisory Opinion was a disappointment to those who had hoped the International Court of Justice would seize the opportunity to clarify and develop the law on the secession of States. (...) Whether States participating in the Kosovo Legal Proceedings hoped for an Opinion from the Court that developed the law is unknown. However, it is clear from the arguments they presented that they expected that the Court would deal with issues such as self-determination, territorial integrity and remedial secession. (...) The Court was determined to make it clear that it had only been asked by the General Assembly to pronounce on the legality of a declaration of independence under international law and not on whether Kosovo had achieved statehood or what the legal effects of the recognition of Kosovo might be (...)*”, p. 191-195. A própria Corte Internacional de Justiça, em sua apreciação do parecer, não teve unanimidade na opção de responder restritamente a questão, sob argumentos que passavam da clarificação do conteúdo normativo do princípio da autodeterminação em seu contexto pós-colonial à secessão, perpassando pela necessidade de se proferir uma declaração que pudesse ser vista com maior relevância para o direito internacional: *Kosovo Advisory Opinion*, Opinião Dissidente, Juiz Yusuf, p. 624-625, Opinião Dissidente, Juiz Simma, p. 480, Opinião Dissidente, Juiz Sepúlveda, p. 498-499 e Opinião Dissidente, Juiz Cançado Trindade, p. 534-538.

²⁶⁶ “*It ought to be recalled that, in this particular situation, the Court was elevated into the role of the arbitrator of a universal multilateral political dispute that the international community had not been able to settle itself.*” D’ASPREMONT, Jean. *The Creation of States before the International Court of Justice: Which (II) Legality?* Disponível em: <<http://www.haguejusticeportal.net/index.php?id=12090>>. p. 2. “*(...) the Court failed to answer important questions pertaining to recognition, secession, and self-determination which it had been expected to address.*” RICHEMOND-BARAK, Daphné. *The International Court of Justice on Kosovo: Missed Opportunity or Dispute Settlement?*, Hague Yearbook of International Law, Vol. 23, 2010. p. 2.

²⁶⁷ RICHEMOND-BARAK, *Op. Cit.*, p. 2. Ainda a respeito do tema, a autora segue: “*(...) it should be understood instead as an attempt by the Court to achieve a balanced solution. A deeper analysis of the opinion suggests that the Court's silence was meant precisely to benefit – or at least not antagonize – Serbia.*” p. 12. “*In the Kosovo opinion, the Court perceived an acute risk of escalating tensions in the Balkans – and perhaps other regions with active secessionist movements.*” p. 17. “*Given the choice between contributing to a calming of hostilities and contributing to international law, the Court chose the former.*” p. 18. “*(...) it seems that in the*

Acompanhando a visão da internacionalista, mas sob uma perspectiva mais crítica, Bernhard Knoll-Tudor compreende que a resposta da Corte Internacional de Justiça à controvérsia de Kosovo, e especialmente a omissão diante de temas complexos do cotidiano jurídico internacional,

(...) sem dúvida reforçou a noção de uma autoridade internacional que assume a função de um árbitro supremo, ao tentar resolver disputas territoriais. A CIJ o fez pela porta dos fundos, insistindo no caráter interestatal do Artigo 2(4) da Carta da ONU, implicitamente escancarando espaços argumentativos além do fraco conceito de “neutralidade legal” em relação a declarações de independência e secessões unilaterais não violentas²⁶⁸.

Não se pode, contudo, esperar da Corte um papel arbitral, muito menos no exercício de sua atividade consultiva. A Corte deve, em última análise, responder a questão a ela submetida²⁶⁹. Não se costuma esperar de tribunais internacionais que se manifestem mais do que o necessário para exaurir o caso em questão – tribunais internacionais costumam abordar as situações a eles submetidas de maneira pragmática, não expansiva²⁷⁰. Foi esta a abordagem assumida pela Corte Internacional de Justiça ao proferir seu veredicto na *Opinião Kosovo*.

3.3 A reação pós-Opinião Consultiva e o reconhecimento de Kosovo pela comunidade internacional

Além da contribuição ao entendimento das questões legais envolvidas no caso, a atividade da Corte provoca um notável impacto na situação específica sobre a qual uma Opinião Consultiva versa. Como se esperava, a *Opinião Kosovo* gerou diversas reações no

fear that making far-reaching legal pronouncements would further estrange Kosovo and Serbia, the Kosovo Court acted more as a means of dispute settlement than as an advisory body.” p. 19.

²⁶⁸ KNOLL-TUDOR, *Op. Cit.*. Do original: “Yet despite or because of its silences, the ICJ’s Advisory Opinion has undoubtedly enriched the notion of an international authority that assumed the role of a supreme arbitrator in attempting to resolve territorial disputes. The ICJ has done so through the back door, by insisting on the inter-state character of Article 2(4) of the UN Charter, implicitly opening argumentative spaces beyond the bland concept of ‘legal neutrality’ in relation to declarations of independence and unilateral non-violent secessions”. p. 93.

²⁶⁹ “The approach taken by the Court might be narrow but it is defensible: a declaration of independence is one thing, while its acceptance by the international community is another. The formulation of the question referred to the Court covers the former but does not extend to the latter.” VIDMAR, Jure. *The Kosovo Advisory Opinion Scrutinized*, Leiden Journal of International Law, Vol. 24, 2ª ed., 2011. p. 364.

²⁷⁰ “Moreover, the question was so narrowly phrased (...) that there was little to be expected from the Court. International tribunals abide by a principle of judicial economy whereby they do not venture into extensive developments about the state of the law beyond what is strictly necessary to settle the dispute brought before them. Indeed, they usually approach cases with a very pragmatic mindset.” D’ASPREMONT, *Op. Cit.*. p. 3.

plano internacional. Diante da opinião dos autores que comentaram a decisão, percebe-se que a doutrina respondeu de maneira bastante heterogênea.

Uma parte dos autores levanta o ponto de que a *Opinião Kosovo* pode ser entendida, no futuro, como um importante argumento a ser utilizado por novos entes que desejam ser reconhecidos, no plano internacional, como Estados²⁷¹. A opinião também gerou críticas nesse sentido, que revelaram preocupação com possíveis consequências da atividade consultiva da Corte em diversas regiões separatistas do mundo²⁷², muito embora a *Opinião Kosovo* seja quase sempre referida como um caso *sui generis*, que nunca acontecerá de novo devido ao seu intrincado contexto histórico e político, que tornaria a secessão de Kosovo legal sob o ponto de vista do direito internacional.

Por outro lado, a opinião da CIJ em relação à Kosovo, embora contenha caráter de autoridade – por ser um pronunciamento jurídico, ainda que fora do escopo de um caso contencioso –, não tem caráter vinculativo para ou entre qualquer Estado. Sobretudo em casos nos quais o Estado em questão está em desacordo com a resposta da CIJ, como aconteceu com a Sérvia na *Opinião Kosovo*, a reação do Estado diretamente interessado no objeto do parecer será, invariavelmente, justificada pelo caráter não vinculativo da atividade consultiva da Corte. Contudo, os Estados que porventura decidirem seguir a resposta da Corte Internacional de Justiça sobre determinado assunto não estarão violando o direito internacional, já que seguirão um ditame dos juízes internacionais sobre um tópico de direito internacional ainda não pacificado praxis internacional²⁷³.

²⁷¹ FALK, *Op. Cit.*: “It may also have some relevance for a variety of political movements around the world whose leaders might be more inclined than previously to tempt fate by declaring their people and territory to be internationally independent of the sovereign state within which they are now geographically located.” p. 50.

²⁷² Cumpre exibir uma das principais críticas nesse sentido: “Uniqueness as such can never make decisions, measures, or actions legitimate or legal. (...) There is no reason why a certain action, which has occurred for the first time, can be justified merely because of its uniqueness and on the grounds that it may never happen again.” FLEINER, Thomas. *The Unilateral Secession of Kosovo as a Precedent in International Law*. In: FASTENRATH, Ulrich *et al* (Ed.). *From Bilateralism to Community Interest. Essays in Honour of Judge Bruno Simma*. New York: Oxford University Press, 2011. p. 882. “(...) an advisory opinion on the unilateral declaration of independence by the provisional institutions of Kosovo could first and foremost reverberate in the political campaign of secessionist movements in other countries and regions.” p. 883. “This decision was understood as a precedent by leading politicians in many countries. Countries facing secessionist conflicts fear that any model of federalism as a tool for conflict management could be misused by the federal units as a first step for secession.” p. 884.

²⁷³ “It is almost certain that a State directly concerned by an advisory opinion will rely on the nonbinding effect and will not conform to the legal obligations explained as a consequence of the Court’s evaluation of the legal situation. However, this may be completely different as regards other states. (...) No State could be seen as acting in violation of international law if it complied with the Court’s statement.” FROWEIN, OELLERS-

O reconhecimento do status de Kosovo no plano internacional permanece alvo de grande polêmica e divergência entre Estados. Todavia, a opinião consultiva proferida pela Corte não aumentou a quantidade de reconhecimento da personalidade jurídica internacional de Kosovo efetuados por outros Estados. Em especial, no ínterim entre o pedido de opinião consultiva pela Assembleia Geral e o dia 22 de julho de 2010 (data em que o parecer foi proferido), 21 nações reconheceram Kosovo como Estado – demonstrando que a iniciativa sérvia não conseguiu demover a comunidade internacional acerca de suas práticas estatais²⁷⁴, de suas preferências políticas no campo do reconhecimento de Estados.

Em análise específica da práxis estatal, imediatamente após a Declaração de Independência de Kosovo, o governo da Rússia reforçou seu apoio à causa sérvia, considerando que a declaração violou

A soberania da República da Sérvia, a Carta das Nações Unidas, a Resolução 1244 do Conselho de Segurança, os princípios do Ato Final de Helsinki, o *Framework* Constitucional de Kosovo e os acordos do Grupo de Contato de alto escalão. A Rússia apoia inteiramente a reação da liderança sérvia aos eventos em Kosovo, bem como sua justa reivindicação para restaurar a integridade territorial do país²⁷⁵.

Lugar comum entre os atos de reconhecimento proferidos em favor de Kosovo, a declaração de que se tratava de um caso *sui generis*, que o logro da sua personalidade jurídica internacional não deveria ser visto como um precedente ao qual outras unidades infraestatais poderiam remeter em seus conflitos por reconhecimento. Caso seja considerado um precedente (ainda que o sentido da palavra não esteja claro), o apoio ao reconhecimento de

FRAHM, *Op. Cit.*, p. 1624-1626, par. 55-58. “(...) *states are not under an absolute obligation to withhold recognition when independence is declared unilaterally. In other words, the observance of the territorial integrity of other states does not absolutely prohibit recognition of an entity which tries to emerge as an independent state by way of a unilateral secession.*” VIDMAR, Jure, *Op. Cit.*, p. 376.

²⁷⁴ Ver nota 170, *supra*. No total, 111 Estados-membros da ONU reconheceram oficialmente Kosovo. Até o dia 8 de outubro de 2008, data da Resolução 63/3 da Assembleia Geral contendo a pergunta à Corte, 48 Estados haviam reconhecido Kosovo. Além dos 21 já mencionados, mais 42 Estados oficialmente reconheceram Kosovo como Estado desde que a Corte proferiu seu parecer. VITUCCI, *Op. Cit.*, também atesta essa característica: “*Nevertheless, Kosovo has been recognized by a number of States (...) (but almost 40 within a couple of months from the UDI (Unilateral Declaration of Independence)). (...) It could be interesting to note that the Court’s Advisory Opinion had no major impact on the recognition. (...) Only a few (recognized Kosovo) after the Opinion, which had such a narrow scope as to have practically no influence on successive recognitions.*” p. 195.

²⁷⁵ ORAKHELASHVILI, Alexander. *Statehood, Recognition and the United Nations System: A Unilateral Declaration of Independence in Kosovo*, Max Planck Yearbook of United Nations Law, Vol. 12, 2008. Do original: “(...) *violated the sovereignty of the Republic of Serbia, the Charter of the United Nations, UNSCR 1244, the principles of the Helsinki Final Act, Kosovo’s Constitutional Framework and the high-level Contact Group accords. Russia fully supports the reaction of the Serbian leadership to the events in Kosovo and its just demands to restore the territorial integrity of the country.*” p. 18 e nota 43.

Kosovo poderia sim ser a causa de instabilidade em situações políticas internas de outros Estados; a práxis estatal é influenciada por tal fator²⁷⁶.

Não existe um aspecto que isoladamente faça de Kosovo um caso único. A narrativa na sua totalidade, essa sim, pode ajudar a explicar a razão de Kosovo ser citada corriqueiramente como um caso *sui generis* de formação de Estado no direito internacional. Os bombardeios da OTAN, o regime jurídico instituído pela Resolução 1244 do Conselho de Segurança, a UNMIK, enfim, todos esses fatores analisados conjuntamente podem ter levado a comunidade internacional à autoimposição de uma responsabilidade política de, ao menos, “produzir uma solução na qual a posição das vítimas (os kosovares) não fique pior do que na época em que as ações tiveram início”²⁷⁷, como alude o professor Colin Warbrick.

A convicção era, então, que a administração internacional do território iniciou um processo que forneceria a Kosovo a estrutura e as instituições duradouras a buscar cumprir em Kosovo os princípios levantados especialmente pelo Plano Ahtisaari, de 2007, pouco antes da Declaração de Independência²⁷⁸. Tais progressos e garantias de proteção da população

²⁷⁶ O Ministro das Relações Exteriores russo, imediatamente após a declaração kosovar, temia que uma reação em cadeia acontecesse em que outras entidades infraestatais tirariam proveito da situação agora “favorável” à tentativa de secessão do Estado existente. ORAKHELASHVILI, *Op. Cit.*, p. 21-22. O mesmo autor reverbera o alerta do ministro russo: “*Thus, the sui generis strategy behind Kosovo may yet backfire to those who designed it. Independently of whether Kosovo achieves independence on terms compatible with international law, other aspirant entities may well manage consolidating beyond the point of reversal their de facto independence so vehemently opposed to by those who back the independence of Kosovo.*” p. 23. O professor georgiano prossegue: “*While prediction may not be a profitable exercise, the fact that a majority of the population in the relevant countries tend to favour secessionism makes it more likely that in this or another case the relevant governments may be prepared to back other instances of secession.*” p. 25. Este último excerto pode ser relacionado com a ocorrência na Crimeia, no ano de 2014, em que a República Autônoma, que anteriormente integrava a Ucrânia, declarou-se independente para depois votar via plebiscito a sua anexação à Federação Russa, alegando questões políticas e de “identidade cultural” maior com os vizinhos do leste. Nesse sentido, faz-se importante conferir os seguintes trabalhos: PETERS, Anne. *Crimea: Does “the West” Now Pay the Price for Kosovo?*, In: Blog EJIL: Talk!, disponível em: <<http://www.ejiltalk.org/crimea-does-the-west-now-pay-the-price-for-kosovo/>>; DE SENA, Pasquale, GRADONI, Lorenzo. *Crimea: le ragioni del torto (russo) e il torto delle ragioni (occidentali)*. In: SIDIBlog, disponível em: <<http://www.sidi-isil.org/sidiblog/?p=773>>; e STEPANOWA, Anna. *International law and legality of secession in Crimea*. In: Cambridge Journal of International and Comparative Law. Disponível em: <<http://cjicl.org.uk/2014/04/20/international-law-legality-secession-crimea/>>. A alteração territorial não foi reconhecida por nenhum Estado além da Rússia. Ademais, a Assembleia Geral das Nações Unidas se manifestou sobre a questão na Resolução 68/262, na qual reafirmou seu “comprometimento com a integridade territorial da Ucrânia”, além de solicitar à comunidade internacional que não reconhecesse “nenhuma alteração do *status* internacional da República Autônoma da Crimeia”. A resolução teve votos desfavoráveis apenas da Rússia e de seus aliados políticos, como Cuba, Venezuela, Bolívia e Síria.

²⁷⁷ WARBRICK, Colin. *Kosovo: The Declaration of Independence*, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 57, p. 675-690. Do original: “*The two events together – the bombing and the administration – may create a political responsibility to produce a solution in which the position of the victims – the Kosovars – is at least no worse than when the action started.*”

²⁷⁸ WARBRICK, *Op. Cit.*. Acerca do mesmo argumento, Martin Dixon comenta: “*the case of Kosovo displays some unique features that deserve special attention. It seems to be clear that Kosovo, while in the process of*

kosovar só foram possíveis devido à condição especial²⁷⁹ que Kosovo usufrui no direito internacional, fruto dos acontecimentos na região desde a década de 1990.

A principal divergência de parte dos internacionalistas acerca do *status* jurídico de Kosovo – especialmente entre os que não consideram que o território possa ser classificado internacionalmente como um Estado²⁸⁰ – diz respeito aos critérios hoje aceitos pelo direito internacional contemporâneo como definidores de um Estado²⁸¹. Diante deste pano de fundo, a independência de Kosovo e sua legalidade deveriam ser colocadas ao teste dos parâmetros estabelecidos pela Convenção de Montevideo.

Um dos critérios concerne à efetividade de um governo, ou seja, a autoridade que o mesmo exerce sobre uma coletividade humana em determinado território. A substância do princípio da efetividade é de difícil conceituação, e pode se entender que um governo que possua efetividade *de facto* sobre um território não a exerça de maneira legítima²⁸². Conforme demonstra Alexander Orakhelashvili, um dos autores que criticou o modo com que a comunidade internacional acolheu Kosovo em seu seio, “efetividade de fato nunca cria posições jurídicas por si só²⁸³”, ou seja, um governo efetivo deve ter o consenso dos Estados envolvidos para que exerça sua autoridade. Em outras palavras, a premissa da efetividade *de facto* “não explica com precisão como o elemento factual trabalha no processo de alocação de direitos e deveres no direito internacional²⁸⁴”.

establishing governing authorities, was at the time of the Declaration of Independence not a State, at least not if one applies the traditional criteria. The strong presence of the international community discharging many of the traditional State functions, such as civil administration or security, stands against this.” O autor prossegue, sugerindo que Kosovo “*could be considered a precedent for a form of Statehood ‘under international supervision’.*” DIXON, Martin, MCCORQUODALE, Robert, WILLIAMS, Sarah. *Cases and Materials on International Law*, 5th Ed., New York: Oxford University Press, 2011. p. 140-142.

²⁷⁹ Essa é a posição sustentada pelo governo norte-americano, um dos maiores patrocinadores da independência de Kosovo desde o princípio da administração internacional da província: “*The unusual combination of factors found in the Kosovo situation – including the context of Yugoslavia’s break-up, the history of ethnic cleansing and crimes against civilians in Kosovo, and the extended period of UN administration – are not found elsewhere and therefore make Kosovo a special case.*” U.S. recognizes Kosovo as Independent State, 18 fev. 2008. Disponível em: <<http://2001-2009.state.gov/secretary/rm/2008/02/100973.htm>>. Em contrapartida, VITUCCI, Op. Cit., sustenta que Kosovo não se trata de um caso *sui generis* de surgimento de Estados no direito internacional e, dessa forma, deveria passar pelos mesmos testes de existência submetidos aos demais entes territoriais que almejam a condição de Estado.

²⁸⁰ ORAKHELASHVILI, Op. Cit., p. 8.

²⁸¹ Ver ponto 1.2 *supra*, que trata da Convenção de Montevideo de 1933 e dos critérios de definição do Estado.

²⁸² ORAKHELASHVILI, Op. Cit., p. 9.

²⁸³ *Ibidem*.

²⁸⁴ *Ibidem*. Do original: “*At the same time, the doctrinal Works based on the premise of factual effectiveness do not accurately explain how the factual element works in the process of allocation of rights and duties in international law.*”

Desta forma, a avaliação expressada por parte da doutrina, que afirma que “o parâmetro crucial para avaliar a estatalidade de uma entidade é (interna ou internacionalmente) a *efetividade* da sua aparelhagem governamental²⁸⁵” seria rechaçada pela mera avaliação dos critérios para o surgimento de Estados no direito internacional.

Outro argumento que colocaria em xeque a defesa da causa kosovar seria a falta de independência da província em relação à presença internacional. O fato de que a independência de Kosovo é considerada controlada e supervisionada, e grande parte do ônus dessa supervisão é carregada por organizações internacionais, como a ONU e a União Europeia, sustentaria esse juízo²⁸⁶.

Convém também ressaltar que, embora mantenha firme sua posição de não reconhecimento do Estado de Kosovo, a Sérvia aceita entrar em relações políticas com Kosovo em uma marcha cada vez mais frequente. As duas entidades celebraram o primeiro acordo formal em abril de 2013, o *First Agreement on principles governing the normalization of relations*, o qual “busca o estabelecimento de uma associação/comunidade dotada de um estatuto e um rol de competências²⁸⁷”. Desde então, autoridades de ambas as partes realizaram reuniões constantes²⁸⁸, com vistas a implementar esse acordo.

Kosovo também tem aderido a algumas organizações internacionais, especialmente as organizações monetárias, como o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Grupo do Banco Mundial (uma espécie de associação de organizações internacionais monetárias, que objetivam o desenvolvimento econômico de áreas menos favorecidas)²⁸⁹. No mesmo sentido, e apesar da reserva de alguns Estados-membros, Kosovo é um potencial candidato ao ingresso

²⁸⁵ D’ASPREMONT, Jean. *Regulating Statehood: The Kosovo Status Settlement*, Leiden Journal of International Law, Vol, 20, 2007. Do original: “(...) the crucial yardstick to appraise the statehood of an entity is (the internal as well as the international) effectivité of its governmental apparatus.” p. 649.

²⁸⁶ ORAKHELASHVILI, *Op. Cit.*, p. 10. O autor finaliza: “In other words, effectivité has never been tried and verified. In the case of Kosovo, effectivité belongs to the field of abstract speculation as opposed to the factual reality”. Embora a perspectiva jurídica do autor possa ser defendida, o ultimo ponto não se verifica tal qual se revela em seu estudo, especialmente devido ao mesmo ser datado de 2008 – ou seja, pouco tempo depois da Declaração de Independência, há sete anos. Ainda que se entenda que naquela época a independência de Kosovo estivesse muito “verde”, Kosovo parece ser dotado de maior autonomia governamental em 2015.

²⁸⁷ PELLET, Alain. *Kosovo – The Questions Not Asked. Self-Determination, Secession and Recognition*. In: MILANOVIC, WOOD, *Op. Cit.*, p. 278.

²⁸⁸ *Ibidem*.

²⁸⁹ *Ibidem*.

na União Europeia²⁹⁰, ainda que seu processo de entrada dependesse de uma extensa e talvez inócua barganha política.

De fato, a admissão de Kosovo em uma organização como a União Europeia²⁹¹ (ou mesmo as Nações Unidas, sob uma perspectiva futura) na qualidade de *Estado* consistiria em um significativo “carimbo” de estatalidade na história kosovar, ainda que a admissão a uma organização internacional, bem como o reconhecimento por parte de outro Estado, não sejam elementos que *constituam* o novo Estado.

O Estado de Kosovo é assim reconhecido por 111 outros Estados na comunidade internacional²⁹². Ainda que se considere que o reconhecimento não é uma condição para que exista a personalidade jurídica internacional, não se deve negar que ele seja uma forte evidência do *status* jurídico da entidade em estudo, e pode ser até mais importante em determinados casos, nos quais a formação do Estado e a sua consolidação passaram por fases conturbadas – como é o caso de Kosovo.

James Crawford sustenta que a situação de Kosovo é “virtualmente sem precedente” do ponto de vista do reconhecimento internacional. Mais da metade dos membros da ONU reconhece Kosovo, apesar das objeções sérvias; houve uma série de reconhecimentos logo após a Assembleia de Kosovo declarar formalmente sua independência, em 2008²⁹³; essa enxurrada de reconhecimentos aumentou consideravelmente com a clareza de que o governo de Pristina era efetivo e autônomo, gerindo seu território independentemente de Belgrado ou do regime das Nações Unidas. O autor prossegue, afirmando que o reconhecimento de Kosovo revela “não somente que a maioria dos Estados percebe que Kosovo preenche os critérios de um Estado, relevadas suas características peculiares”, mas também que a

²⁹⁰ *Ibidem*.

²⁹¹ VITUCCI, *Op. Cit.*, p. 215: “In any case, if resolved earlier, the ultimate solution of Kosovo statehood will be found in the accession of both Serbia and Kosovo to the EU”. O desejo de admissão das duas ex-Repúblicas iugoslavas foi manifestado pela própria União Europeia, por intermédio de sua Alta Representante para Assuntos Estrangeiros e Política de Segurança, Catherine Ashton, logo após a decisão da CIJ na *Opinião Kosovo*: “The future of Serbia lies in the European Union. The future of Kosovo lies in the European Union. (...) The EU is therefore ready to facilitate a process of dialogue between Pristina and Belgrade. This dialogue would be to promote cooperation, achieve progress on the path to Europe and improve the lives of the people”. Disponível em: <<http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsdata/docs/pressdata/EN/foraff/115902.pdf>>.

²⁹² Ver nota 170, *supra*. Último reconhecimento: Antígua e Barbuda, 20 de maio de 2015.

²⁹³ Apenas no ano de 2008 foram 55 reconhecimentos proferidos a favor de Kosovo.

província “se escora em um amplo apoio internacional ao exercício das funções estatais em relação ao seu território e população²⁹⁴”.

Por fim, ainda que a plena integração de Kosovo na comunidade internacional está sujeita à resolução do conflito territorial com a Sérvia – o que poderia abrir o caminho para a sua admissão em organizações internacionais, como a ONU ou a UE –, os desdobramentos dos últimos anos indicam que Kosovo já se qualifica para ocupar a posição de mais novo Estado no cenário mundial²⁹⁵.

²⁹⁴ CRAWFORD, James. *Kosovo and the Criteria for Statehood in International Law*. In: MILANOVIC, WOOD, *Op. Cit.*. Do original: “Signifies not only that most states are of the view that Kosovo fulfils the criteria for statehood despite its special characteristics, but also that Kosovo relies on ample international support to exercise the functions of a state in respect of its territory and population.” p. 289. VITUCCI, *Op. Cit.*, ao tratar do tema há quatro anos – mesmo sendo uma crítica contundente, como já se pôde ver neste trabalho, de como a situação em Kosovo se desenvolveu e principalmente como a comunidade internacional deixou de verificar preceitos básicos das relações entre Estados soberanos – já admitia que “(...) Kosovo’s statehood is crystallizing. The general state of affairs described creates an environment that will prompt recognition by more and more States, thereby adding fuel to the process”, p. 213.

²⁹⁵ CRAWFORD, *Op. Cit.*, p. 290. O autor arremata, esclarecendo que o governo em Pristina “é independente da Sérvia”, “é capaz de exercer as funções de um Estado ao lado – e apesar – da presença internacional no território” e a causa “atraiu um grau de reconhecimento internacional atípico em casos de separação além do contexto colonial, contra os desejos do Estado preexistente”.

CONCLUSÃO

O direito internacional ainda se caracteriza como um sistema jurídico conservador na admissão de novos membros. Novos sujeitos, que buscam forçar sua entrada na cena internacional, sempre são vistos com desconfiança, e invariavelmente não detêm as mesmas prerrogativas dos Estados.

O mesmo pode se dizer para os novos Estados que surgem – ou buscam surgir – no direito internacional. Por um lado, é verdade que temos tido um fluxo de novos Estados adentrando a sociedade das nações nos últimos anos, fruto de países profundamente fragmentados; por outro, existe um sem-número de entidades territoriais que se mantêm na luta para que um dia sua causa independentista seja verificada.

Pôde-se verificar neste trabalho que o instituto do reconhecimento de Estados possui diversas falhas, que geralmente são identificadas quando o investigamos a partir de escritores mais novos, que parecem ser um pouco mais realistas acerca da capacidade transformativa que a temática possui na atualidade. O debate acerca das teses *constitutiva* e *declaratória* é interessante do ponto de vista metodológico, mas, ao final, é apenas um elemento que, quando posto em prática na resolução de um problema que envolva o reconhecimento de um novo Estado pela comunidade internacional, não possui muita importância. Acima de tudo, por ser um ato muito arraigado de caráter político e volitivo, é impossível não pensar que, cedo ou tarde, determinado governo terá de se contradizer por motivos de conveniência política e de interesses. É diante desse livre arbítrio que as famosas teses do reconhecimento terminam por ruir, sendo escolhidas à preferência do momento.

Ademais, como também se pôde perceber do estudo realizado, todo ato de reconhecimento implica na *declaração* de uma vontade e na *constituição* de um direito, confundindo as duas teses a partir de uma mesma atitude. É um pensamento um tanto quanto extremo que um Estado exista independente de qualquer outro, assim como é igualmente incomum não considerar que um Estado exista simplesmente porque o seu governo não o reconhece como tal. Neste caso, a teoria é sim, como Ian Brownlie bem declarou, “uma névoa em um dia ensolarado”, que embaralha a visão ao invés de fazer com que o observador veja os contornos do piso.

Outro ponto que merece destaque é a admissão de outros critérios que representem que uma entidade possui as qualidades de um Estado, para além dos clássicos quatro critérios que já bem se conhece da Convenção de Montevideo. A própria Convenção não clarifica muito bem esses critérios, os quais remanesceram mais na mão do intérprete do que sob os auspícios da Convenção. Resta claro, a partir da análise efetuada, que entidades que não respeitam os direitos humanos, o direito à autodeterminação dos povos ou a proibição do uso da força não são reconhecidas pela comunidade internacional – independente da sua efetividade governamental, como aconteceu no caso da Rodésia do Sul.

Por outro lado, ao analisar o imbróglio que se tornou a situação de Kosovo, não se surpreende se se chegar à conclusão de que o território de fato não deve ser um Estado independente, pois não possui os requisitos de estatalidade, foi criado com o intermédio da força (ainda que não da *sua* força), não tem independência das instituições que ainda se encontram enraizadas em seu território. São várias, enfim, as perspectivas que se pode assumir para defender um ou outro lado da controvérsia.

Assim como existem bons argumentos para que os kosovares possam continuar buscando a sua plena independência; a irreversibilidade da situação com a Sérvia, o fato de sua população ser distinta daquela da antiga pátria e, assim, reacender o debate acerca do seu direito à autodeterminação na modalidade *externa* e não apenas internamente, na forma de província autônoma, a quantidade massiva de reconhecimentos – 111 – proferidos em favor do estado de Kosovo, mas, principalmente, o apoio internacional, que faz com que a balança penda pro seu lado na hora de se entrar em futuras negociações.

Como se afirmou no último capítulo, a “estatalidade” de Kosovo está se cristalizando dia após dia na face da comunidade internacional. Cada reconhecimento proferido a seu favor consiste em um pequeno sopro de esperança para a população kosovar. Pode-se sustentar a tese de que Kosovo ainda não reúne as condições para se tornar um Estado (ainda há parte da administração gerida por organizações internacionais). Todavia, parece-nos apenas uma questão de tempo para que o território seja oficialmente considerado como um novo “Estado” perante o direito internacional. O ponto de chegada deve ser a adesão a uma organização internacional de peso, nos moldes da Organização das Nações Unidas ou da União Europeia. Uma adesão à organização continental junto de sua vizinha Sérvia não está fora de questão – aliás, está bastante em pauta, como se percebeu no último capítulo.

Por ultimo, deve se salientar que, muito embora o caso de Kosovo possa ter um “final feliz”, a comunidade internacional deve tomar esse problema como lição, para que o cuidado com situações étnicas carregadas de tensão não ecloda a níveis alarmantes, como aconteceu na região em 1999, quando a solução pelas vias diplomáticas já estava longe de ser alcançada e se recorreu a um ataque armado, ilegal perante as normas do não uso da força da comunidade internacional. Um cuidado maior com a situação de Kosovo poderia fazer com que a região vivesse dias de paz mais cedo, com o arranjo territorial que a situação pedisse naquele determinado tempo.

A situação *sui generis* que tanto foi alegada acerca de Kosovo pode muito bem se encaixar a qualquer outro território; bastam vontade e oportunidade política para tanto. Contudo, o surgimento de mais situações *sui generis* pode criar uma crise política internacional irreversível, como se conferiu na Crimeia no ano passado. As instituições da comunidade internacional precisam ser mais robustas para que possam lidar com cenários como o de Kosovo com mais naturalidade, e menos expedientes políticos que, em poucos anos, podem tornar o feitiço contra o feiticeiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANZILOTTI, Dionisio. *Corso di Diritto Internazionale. Vol. I. Introduzione e teorie generali*. Roma: Athenaeum, 1928.

ARANGIO-RUIZ, Gaetano. *The United Nations Declaration on Friendly Relations and the System of Sources of International Law*. Alphen aan den Rijn: Martinus Nijhoff Publishers, 1979.

BRIERLY, James. *The Law of Nations*, 3rd Ed. London: Humphrey Milford, Oxford University Press, 1942.

BROWNLIE, Ian. *Recognition in Theory and Practice*. In: MACDONALD, Ronald St. J., JOHNSTON, Douglas M. (Ed). *The Structure and Process of International Law: Modern Essays in Legal Philosophy, Doctrine and Theory*. The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1983. pp. 197-211.

_____. *Kosovo Crisis Inquiry: Memorandum on the International Law Aspects*, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 49, n. 4, 2000. pp. 878-905.

_____. *Principles of Public International Law*, 2nd Ed. New York: Oxford University Press, 2002.

BUCHHEIT, Lee C. *Secession: The Legitimacy of Self-Determination*. New Haven: Yale University Press, 1978.

BUCKLEY, William Joseph (Ed.). *Kosovo: Contending Voices on Balkan Intervention*. Cambridge: Eerdmans, 2000.

BULL, Hedley. *The Anarchical Society: A Study of Order in World Politics*. Londres: Macmillan, 1977

CANADÁ. *Reference re Secession of Québec*, Suprema Corte do Canadá, International Law Materials, Vol. 37, 1998. pp. 1340-1377.

CANNIZZARO, Enzo. *Corso di Diritto Internazionale*, Torino: Giappichelli, 2014.

CAPLAN, Richard, WOLFF, Stefan, *Some Implications of the Advisory Opinion for Resolution of the Serbia-Kosovo Conflict*, In: MILANOVIC, Marko, WOOD, Michael (Ed.). *The Law and Politics of the Kosovo Advisory Opinion*. Oxford: Oxford University Press, 2015. pp. 317-331.

CASSESE, Antonio. *Self-Determination of Peoples. A Legal Reappraisal*. Londres: Cambridge University Press, 1996.

_____. *The International Court of Justice and the right of peoples to self-determination*. In: LOWE, Vaughan, FITZMAURICE, Malgosia (Ed.). *Fifty Years of the*

International Court of Justice – Essays in honour of Sir Robert Jennings. Cambridge: Cambridge University Press, 1996. pp. 351-363.

_____. *Ex iniuria ius oritur: Are We Moving towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community?*, *European Journal of International Law*, Vol. 10, n.1, 1999. pp. 23-30.

CHARPENTIER, Jean. *La reconnaissance internationale et l'évolution du droit des gens*. Paris: Editions A. Pedone, 1958.

CHEN, Ti-Chiang. *The International Law of Recognition: With Special Reference to Practice in Great Britain and the United States*. Londres: Stevens, 1951.

CHINKIN, Christine. *The Legality of NATO'S Action in the Former Republic of Yugoslavia (FRY) under International Law*, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 49, n. 4, 2000. pp. 910-925.

_____. *The Security Council and Statehood*. In: CHINKIN, Christine, BAETENS, Freya. *Sovereignty, Statehood and State Responsibility. Essays in Honour of James Crawford*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. pp. 172-191.

CLARK, Wesley. *Waging Modern War*. New York: Public Affairs, 2001.

COMUNIDADE EUROPEIA. *Guidelines on the Recognition of New States in Eastern Europe and the Soviet Union*, *British Yearbook of International Law*, Vol. 62, 559, 1991. pp. 559-565.

_____. *Badinter Arbitration Commission*, *International Law Materials*, Vol. 31, 1992. pp. 1488-1526.

_____. *Declaration on Yugoslavia and on the Guidelines on the Recognition of New States*, *International Law Materials*, Vol. 31, No. 6, 1992. pp. 1485-1526.

CONFERÊNCIA SOBRE SEGURANÇA E COOPERAÇÃO NA EUROPA. *Final Act. The Helsinki Accords: Declaration on Human Rights*. *International Law Materials*, Vol. 14, 1975. pp. 1292-1349.

CONFORTI, FOCARELLI. *The Law and Practice of the United Nations*, 4th Ed., Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2010.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Case of Cyprus vs. Turkey*, Application n. 25781/94, 120 *International Law Review*, 2001. pp. 10-39.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Statute of the International Court of Justice*, 1945. Disponível em: <icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0>.

_____. *International Status of South West Africa, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports, 1950. pp. 128-219.

_____. *North Sea Continental Shelf*, I.C.J. Reports, 1969. pp. 3-56.

_____. *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports, 1971. pp. 16-54.

_____. *Western Sahara*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports, 1975. pp. 12-82.

_____. *East Timor (Portugal vs. Australia)*, Judgment, I.C.J. Reports, 1995. pp. 90-106.

_____. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objections*, I.C.J. Reports, 1996. pp. 595-624.

_____. *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports, 2004. pp. 136-203.

_____. *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports, 2010. pp. 403-453.

CRAVEN, Matthew. *Statehood, Self-Determination, and Recognition*. In: EVANS, Malcolm (Ed.). *International Law*, 3rd Ed. Oxford: Oxford University Press, 2010. pp. 203-251.

CRAWFORD, James. *The Creation of States in International Law*, 2nd Ed. New York: Oxford University Press, 2006.

_____. *Chance, Order, Change: The Course of International Law*. Collected Courses, Vol. 365. The Hague: The Hague Academy Collected Courses, 2013.

_____. *Kosovo and the Criteria for Statehood in International Law*. In: MILANOVIC, Marko, WOOD, Michael (Ed.). *The Law and Politics of the Kosovo Advisory Opinion*. Oxford: Oxford University Press, 2015. pp. 280-290.

CZAPLINSKI, W., *Recognition and Non-Recognition beyond the ICJ's Advisory Opinion*, In: ARCARI, BALMOND, Louis. *International Law Issues Arising from the International Court of Justice Advisory Opinion on Kosovo*. Milano: Giuffrè, 2011. pp. 173-189.

DE SENA, Pasquale, GRADONI, Lorenzo. *Crimea: le ragioni del torto (russo) e il torto delle ragioni (occidentali)*. In: SIDIBlog, 2014. Disponível em: <<http://www.sidi-isil.org/sidiblog/?p=773>>.

DIXON, Martin. *Textbook on International Law*, 6th Ed. New York: Oxford University Press, 2007.

_____, MCCORQUODALE, Robert, WILLIAMS, Sarah. *Cases and Materials on International Law*, 5th Ed., New York: Oxford University Press, 2011.

DUGARD, John. *The Secession of States and their Recognition in the Wake of Kosovo*. Collected Courses, Vol. 357. The Hague: The Hague Academy Collected Courses, 2011.

D'ASPREMONT, Jean. *Regulating Statehood: The Kosovo Status Settlement*, Leiden Journal of International Law, Vol, 20, n. 3, 2007. pp. 649-668.

_____. *The Creation of States before the International Court of Justice: Which (Il)Legality?* The Hague Justice Portal, 2010. Disponível em: <haguejusticeportal.net/index.php?id=12090>. pp. 1-8.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Digest of the United States Practice in International Law*, 1976, pp. 19-20.

_____. *U.S. recognizes Kosovo as Independent State*, 18 fev. 2008. Disponível em: <<http://2001-2009.state.gov/secretary/rm/2008/02/100973.htm>>.

ERICH, R. *La naissance et la reconnaissance des Etats, Recueil des Cours*, Vol. 13. The Hague: The Hague Academy Collected Courses, 1926.

FALK, Richard. *The Kosovo Advisory Opinion: conflict resolution and precedent*. In: *Agora: The ICJ's Kosovo Advisory Opinion*. *American Journal of International Law*, Vol. 105, n. 1. Washington: American Society of International Law Press, 2011. pp. 50-60.

IORE, Pasquale. *Il Diritto Internazionale Codificato*, 2^a Ed.. Torino: Unione Tipografico-Editrice, 1911.

FLEINER, Thomas. *The Unilateral Secession of Kosovo as a Precedent in International Law*. In: FASTENRATH, Ulrich, GEIGER, Rudolph, KHAN, Daniel-Erasmus, PAULUS, Andreas, VON SCHORLEMER, Sabine, VEDDER, Cristoph (Ed.). *From Bilateralism to Community Interest – Essays in Honour of Judge Bruno Simma*. Oxford: Oxford University Press, 2011. pp. 877-894.

FROWEIN, Jochen; OELLERS-FRAHM, Karin. *Advisory Opinions. Art. 65*. In: ZIMMERMANN, Andreas, OELLERS-FRAHM, Karin, TOMUSCHAT, Christian, TAMS, Christian J. (ed.): *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*. 2nd Ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. pp. 1605-1660.

GIOIA, Andrea. *Diritto Internazionale: manuale breve*, Milano: Giuffrè, 2010.

GOODRICH, Leland M., HAMBRO, Edvard. *Charter of the UN, Commentary and Documents*. Boston: World Peace Foundation, 1946.

GRANT, Thomas. D. *Admission to the United Nations. Charter Article 4 and the rise of the International Organization*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2009.

HIGGINS, Rosalyn. *The Development of International Law through the Political Organs of the United Nations*. Londres: Oxford University Press, 1963.

_____. *Postmodern Tribalism and the right to Secession, Comments*. In: BRÖLMANN, Catherine, LEFEBER, René, ZIECK, Marjoleine (Ed.). *Peoples and Minorities in International Law*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1993. p. 29-55.

_____. *Problems and Process. International Law And How We Use It*. Oxford, Clarendon Press, 1994.

INDEPENDENT INTERNATIONAL FACT-FINDING MISSION ON GEORGIA, *Report*. Vol. 2, 2009. pp. 1-446.

INSTITUT DU DROIT INTERNATIONAL. *Resolutions concerning the recognition of new states and new governments*. Official Documents, Brussels: 1936.

JACKSON, Robert H. *Quasi-States: Sovereignty, International Relations, and the Third World*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

JUDAH, Tim. *Kosovo: War and Revenge*, 2nd Ed. New Haven: Yale University Press, 2002.

KER-LINDSAY, James. *Kosovo. The Path to Contested Statehood in the Balkans*. New York: I. B. Tauris, 2009.

KINGSBURY, Benedict. *Reconstructing Self-Determination: A Relational Approach*. In: AIKIO, Pekka, SCHEININ, Martin (Ed.). *Operationalizing the Right of Indigenous Peoples to Self-Determination*. Turku: Abo Akademi University, 2000. pp. 19-37.

KELSEN, Hans. *Recognition in International Law: Theoretical Observations*. American Journal of International Law, Vol. 35, No. 4, 1941. pp. 605-617.

KNOLL-TUDOR, Bernhard. *The Settling of a Self-Determination Conflict? Kosovo's Status Process and the 2010 Advisory Opinion of the ICJ*, In: MILANOVIC, Marko, WOOD, Michael (Ed.). *The Law and Politics of the Kosovo Advisory Opinion*. Oxford: Oxford University Press, 2015. pp. 73-95.

KREIJEN, Gerard. *State Failure, Sovereignty and Effectiveness*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2004.

LAUTERPACHT, Hersch. *Recognition in International Law*. New York: Cambridge University Press, 1947.

LIGA DAS NAÇÕES. *Convenção da Liga das Nações*, 1920. Disponível em: <<http://www.refworld.org/cgi-bin/tehis/vtx/rwmain?docid=3dd8b9854>>.

_____. *Aaland Islands Case, League of Nations Official Judgements, Supp.* 4, 1920. pp. 3-19.

_____. *Montevideo Convention on the Rights and Duties of States*, *League of Nations Treaty Series*, Vol. 165, 1933. pp. 20-43.

MALCOLM, Noel. *Kosovo: A Short History*, 2nd Ed.. London: Pan Books, 2002.

MILANO, Enrico. *Unlawful Situations in International Law: Reconciling Effectiveness, Legality and Legitimacy*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

_____. *Formazione dello Stato e Processi di State-Building nel Diritto Internazionale – Kosovo 1999-2013*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2013.

MISSÃO DE ADMINISTRAÇÃO INTERINA DAS NAÇÕES UNIDAS EM KOSOVO. *Regulation No. 1999/1 on the Authority of the Interim Administration in Kosovo*, UNMIK/REG/1999/1, Seção 1 e 3, 1999. Disponível em: <<http://www.unmikonline.org/regulations/1999/reg01-99.htm>>.

_____. *Regulation No. 1999/3 on the Establishment of the Custom and Other Related Services in Kosovo*, UNMIK/REG/1999/3, 1999. Disponível em: <<http://www.unmikonline.org/regulations/1999/reg03-99.htm>>.

_____. *Regulation No. 1999/6 on Recommendations for the Structure and Administration of the Judiciary and Prosecution Service*, UNMIK/REG/1999/6, 1999. Disponível em: <<http://www.unmikonline.org/regulations/1999/reg06-99.htm>>.

_____. *Constitutional Framework for Provisional Self-Government in Kosovo*, UNMIK/REG/2001/9, 2001. Disponível em: <<http://www.unmikonline.org/regulations/2001/reg09-01.htm>>.

MURPHY, Sean. *Reflections on the ICJ Advisory Opinion on Kosovo. Interpreting Security Council Resolution 1244 (1999)*. In: MILANOVIC, Marko, WOOD, Michael (Ed.). *The Law and Politics of the Kosovo Advisory Opinion*. Oxford: Oxford University Press, 2015. pp. 134-166.

MUSGRAVE, Thomas D. *Self-Determination and National Minorities*, Oxford: Clarendon Press, 1997.

OPPENHEIM, Lassa. *International Law*, 3rd Ed. Vol. 1. London: Longmans, Green & Co. 1920.

ORAKHELASHVILI, Alexander. *Statehood, Recognition and the United Nations System: A Unilateral Declaration of Independence in Kosovo*, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 12, 2008. pp. 01-44.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Carta das Nações Unidas*, *United Nations Treaty Series*, Vol. 1, 1945.

_____. *Resolução 637 (VII), Assembleia Geral. The right of peoples and nations to self-determination*, UN Doc. A/RES/637 (VII), 16 dez. 1952.

_____. *Resolução 1514 (XV), Assembleia Geral. Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples*, UN Doc. A/RES/1514 (XV), 14 dez. 1960.

_____. *Resolução 1541 (XV), Assembleia Geral. Principles which should guide Members in determining whether or not an obligation exists to transmit the information called for under Article 73(e) of the Charter*, UN Doc. A/RES/1541 (XV), 15 dez. 1960.

_____. *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, United Nations Treaty Series*, Vol. 993, 1966. pp. 3-92.

_____. *International Covenant on Civil and Political Rights, United Nations Treaty Series*, Vol. 999, 1966. pp. 171-263.

_____. UN Doc. A/AC.125/SR.68, 1967.

_____. *Resolução 2625 (XXV), Assembleia Geral. Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in Accordance with the Charter of the United Nations*. UN Doc. A/RES/2625 (XXV), 24 out. 1970.

_____. *Resolução 353, Conselho de Segurança*. UN Doc. S/RES/353, 20 jul. 1974.

_____. *Resolução 541, Conselho de Segurança*. UN Doc. S/RES/541, 18 nov. 1983.

_____. *Resolução 550, Conselho de Segurança*. UN Doc. S/RES/550, 11 mai. 1984.

_____. *Vienna Declaration on Human Rights, World Conference on Human Rights, International Law Materials*, Vol. 31, 1993. pp. 1661-1693.

_____. *Resolução 1160, Conselho de Segurança*. UN Doc. S/RES/1160, 31 mar. 1998.

_____. *Resolução 1199, Conselho de Segurança*. UN Doc. S/RES/1199, 23 set. 1998.

_____. *Resolução 1203, Conselho de Segurança*. UN Doc. S/RES/1203, 24 out. 1998.

_____. *Resolução 1239, Conselho de Segurança*. UN Doc. S/RES/1239, 14 mai. 1999.

_____. *Resolução 1244, Conselho de Segurança*. UN Doc. S/RES/1244, 10 jun. 1999.

_____. *Report of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 10 of the Security Council Resolution 1244 (1999), Conselho de Segurança*. UN Doc. S/1999/672, 12 jun. 1999.

_____. *Report of the Secretary-General on the United Nations Interim Administration in Kosovo, Conselho de Segurança*. UN Doc. S/2002/436, 22 abr. 2002.

ORGANIZAÇÃO DO TRATADO DO ATLÂNTICO NORTE. *Interim Agreement for Peace and Self-Government in Kosovo (Rambouillet Accords)*, 1999. Disponível em: <http://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/990123_RambouilletAccord.pdf>.

_____. *Military Technical Agreement between the International Security Force on Kosovo (KFOR) and the Governments of Federal Republic of Yugoslavia and Republic of Serbia*, 1999. Disponível em: <<http://www.nato.int/kosovo/docu/a990609a.htm>>.

OUR DOCUMENTS – PRESIDENT WOODROW WILSON’S 14 POINTS (1918). Disponível em: <<http://www.ourdocuments.gov/doc.php?flash=true&doc=62>>.

OWADA, Hisashi. *Speech to the legal advisers of United Nations member states: Introductory remarks at the seminar on the Contribution of the International Court of Justice to International Law*, 2011. Disponível em: < <http://www.icj-cij.org/presscom/files/9/16739.pdf>>. pp. 1-16.

PALCHETTI, P. *L’interprétation des résolutions du Conseil de Sécurité à la lumière de l’avis de la Cour Internationale de Justice sur le Kosovo*, In: ARCARI, BALMOND, Louis. *International Law Issues Arising from the International Court of Justice Advisory Opinion on Kosovo*. Milano: Giuffrè, 2011. pp. 155-171.

PELLET, Alain. *Legal Opinion on Certain Questions of International Law Raised by Reference*. In: BAYEFSKY, Anne F. (Ed.) *Self-Determination and International Law. Quebec and Lessons Learned*. Boston: Kluwer Law International, 2000. pp. 85-123.

_____, QUOC DINH, Nguyen, DAILLIER, Patrick. *Direito Internacional Público, 2ª Ed.* Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2003. Tradução de Vítor Marques Coelho.

_____. *Kosovo – The Questions Not Asked. Self-Determination, Secession and Recognition*. In: MILANOVIC, Marko, WOOD, Michael (Ed.). *The Law and Politics of the Kosovo Advisory Opinion*. Oxford: Oxford University Press, 2015. pp. 269-279.

PETERS, Anne. *Does Kosovo Lie in the Lotus-Land of Freedom?*, Leiden Journal of International Law, Vol. 24, 2011. pp. 95-108.

_____. *Crimea: Does “the West” Now Pay the Price for Kosovo?*, In: Blog EJIL: Talk!, 2014. Disponível em: <<http://www.ejiltalk.org/crimea-does-the-west-now-pay-the-price-for-kosovo/>>.

PICONE, Paolo. *La ‘guerra del Kosovo’ e il diritto internazionale generale*, Rivista di Diritto Internazionale, 2000. pp. 309-360.

POMERANCE, Michla. *Self-Determination in Law and Practice. The New Doctrine in the United Nations*. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1982.

RAIČ, David. *Statehood and the Law of Self-Determination*. The Hague: Kluwer Law International, 2002.

RANJEVA, Raymond. *Peoples and Liberation Movements*. In: BEDJAOUI, Mohammed (Ed.). *International Law: Achievements and Prospects*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1991. pp. 101-112.

REINO UNIDO DA GRÃ BRETANHA E IRLANDA DO NORTE. *102 HOUSE OF COMMONS DEBATES, Column 977, Written Answer*, 1986.

REPÚBLICA DA SÉRVIA. *Declaration on Kosovo and Metohia, 2003, Material relating to the Establishment of UNMIK administration of Kosovo – Actions by Kosovo institution*. Disponível em: <<http://icj-cij.org/docket/files/141/15038.pdf>>. pp. 11-18.

REPÚBLICA DO KOSOVO, *Republic of Kosovo Assembly, Kosovo Declaration of Independence*. 2008. Disponível em: <<http://www.assembly-kosova.org/?cid=2,128,1635>>.

RICHEMOND-BARAK, Daphné. *The International Court of Justice on Kosovo: Missed Opportunity or Dispute Settlement?* Hague Yearbook of International Law, Vol. 23. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2010. pp. 1-19.

ROTH, Brad R.. *Governmental Illegitimacy in International Law*, New York: Oxford University Press, 1999.

RYNGAERT, Cedric, SOBRIE, Sven. *Recognition of States: International Law or Realpolitik? The Practice of Recognition in the Wake of Kosovo, South Ossetia, and Abkhazia*, Leiden Journal of International Law, Vol. 24, 2011. pp. 467-490.

SCELLE, Georges. *Précis de droit des gens*, Vol. 1, Paris: Sirey, 1933.

SHAW, Malcolm. *International Law, 6th Ed*. New York: Cambridge University Press, 2008.

STEPANOWA, Anna. *International law and legality of secession in Crimea*. In: Cambridge Journal of International and Comparative Law, 2014. Disponível em: <<http://cjicl.org.uk/2014/04/20/international-law-legality-secession-crimea/>>.

TANCREDI, Antonello. *Lo Stato nel diritto internazionale tra effettività e legalità/legittimità*, In: *Ars Interpretandi*, Padova, 2011, pp. 131-171.

TANZI, Attila. *Introduzione al Diritto Internazionale Contemporaneo*, 4ª Ed.. Padova: CEDAM, 2013.

THOMAS, Robert. *Serbia Under Milosevic: Politics in the 1990s*. Londres: Hurst, 1999.

TOMUSCHAT, Christian. *Yugoslavia's Damaged Sovereignty over the Province of Kosovo*. In: KREIJEN, Gerard, BRUS, Marcel, DUURSMA, Jorris, DE VOS, Elizabeth, DUGARD, John (Ed.). *State, Sovereignty and International Governance*. New York: Oxford University Press, 2002. pp. 323-347.

TOUSCOZ, Jean. *Direito Internacional*. Sintra: Publicações Europa-América, 1993. Tradução de Nuno Canas Mendes.

TREVES, Tullo. *Diritto Internazionale. Problemi Fondamentali*. Milano: Giuffrè, 2005.

TRIBUNAL ABRITRAL MISTO GERMANO-POLONÊS. *Deutsche Continental Gas-Gesellschaft vs. Polish State*, 5 International Law Review, 1929. pp. 1-13.

UNIÃO EUROPEIA. *Declaration by the High Representative Catherine Ashton on Behalf of the European Union on the ICJ advisory opinion*, 22 jul. 2010. Disponível em: <http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/foraff/115902.pdf>.

VERDROSS, Alfred. *Derecho Internacional Público*, 4ª Ed. Madrid: Aguilar, 1974. Tradução de Antonio Truyol y Serra.

VIDMAR, Jure. *The Kosovo Advisory Opinion Scrutinized*. Leiden Journal of International Law, Vol. 24, n. 2. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. pp. 355-383.

VITUCCI, Maria Chiara. *Kosovo statehood beyond the ICJ's Advisory Opinion*. In: ARCARI, Maurizio, BALMOND, Louis. *International Law Issues Arising from the International Court of Justice Advisory Opinion on Kosovo*. Milano: Giuffrè, 2011. pp. 191-215.

WARBRICK, Colin. *Kosovo: The Declaration of Independence*, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 57, n. 3, 2008. pp. 675-690.

WHO RECOGNIZED KOSOVA? THE KOSOVAR PEOPLE THANK YOU – WHO RECOGNIZED KOSOVO AND WHO RECOGNIZES KOSOVO. Disponível em: <kosothankyou.com>.